الهداية

شرح بداية المبتدي

للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني
٥١١-٥٩٣ هـ

طبعة جديدة ملونة مع تعليقات مفيدة
قام بإعداده وتصحيح أخطائه العلمية والمطبعية
وتخريج أحاديثه لجنة من متخصصي الفقه والحديث

على أساس حاشية
الشيخ عبدالحي اللكنوي
١٢٦٤-١٣٠٤هـ

المجلد السابع

كتاب الشفعة - القسمة - المزارعة - المساقاة - الذبائح - الأضحية
الكراهية - احياء الموات - الأشربة - الصيد - الرهن

مكتبة البشرى كراتشي - باكستان

الهداية

شرح بداية المبتدي

للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

المجلد السابع

كتاب الشفعة — كتاب القسمة — كتاب المزارعة — كتاب المساقاة

كتاب الذبائح — كتاب الاضحية — كتاب الكراهية — كتاب احياء الموات

كتاب الاشربة — كتاب الصيد — كتاب الرهن

طبعة جديدة مصححة ملونة بحواشي جديدة ومفيدة

قامت بإعداده جماعة من العلماء المتخصصين في الفقه والحديث

وراجعوا حواشيه وخرّجوا أحاديثه وقاموا بتصحيح أخطائه

مكتبة البشرى

كراتشي باكستان

الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م
الطبعة الثانية: ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م

سعر مجموع ثماني مجلدات
=/800روبية باكستانية
(مکمل ۸جلدیں: =/800روپے)

مكتبة البشرى
للطباعة والنشر والتوزيع

AL-BUSHRA Publishers
Choudhri Mohammad Ali Charitable Trust (Regd.)

Z-3 Overseas Bungalows Block 16-A
Gulistan-e-Jauhar Karachi - Pakistan

هاتف: **+92-21-7740738**

فاكس: **+92-21-4018902**

الموقع على الإنترنت: www.ibnabbasaisha.edu.pk

البريد الإلكتروني: al-bushra@cyber.net.pk

يطلب من:

مكتبة البشرى، كراتشي **+92-321-2196170**

مكتبة الحرمين، لاهور **+92-321-4399313**

وغيرهما من المكتبات المشهورة

كتاب الشُّفعة

الشُّفعة مشتقّة من الشَّفْع، وهو الضمّ، سمِّيت بها؛ لما فيها من **ضمِّ المشتراة** (الشفعة) إلى عَقَار الشَّفيع (الشفعة). قال: الشُّفعة واجبةٌ للخليط في نفسِ المبيع، ثم للخليط في حق المبيع، كالشِّرب والطريق، ثم للجار، أفاد هذا اللفظ ثبوتَ حقِّ الشُّفعة لكل واحد من هؤلاء، **وأفاد الترتيب**. أما الثبوت؛ فلقوله عليه السلام: "الشُّفعة **لشريك لم يُقَاسِم**"،*

كتاب الشفعة: وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما، والحق تقديمها عليه؛ لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات، والأشربة، والإجارات، والشركات، والزراعات أوجب تقديمها، وسببها: اتصال ملك الشّفيع بملك المشتري، وشرطها: كون المبيع عقاراً. [العناية ٨/٢٩٣-٢٩٤] هي تملك البقعة بما قام على المشتري بالشركة أو الجوار. [الكفاية ٨/٢٩٣] **ضم المشتراة إلخ**: لأنه يضم بسبب داره ملك جاره إلى نفسه. [البناية ١٠/٣٢١] **في نفس المبيع**: كالأرض المشتركة بين الرجلين.

في حق المبيع: [أي ما يتوقف عليه الانتفاع من المبيع] وهو الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق والشِّرب الخاصين، وإنما قيدنا بذلك؛ لأنهما إذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى. [البناية ١٠/٣٢٢] **وأفاد الترتيب**: صورته: منـــزل بين اثنين وسكة غير نافذة، باع أحد الشريكين نصيبه، فالشريك في المنـــزل أحق بالشُّفعة، فإن سلم فأهل السكة أحق، فإن سلموا فالجار، وهو الذي على ظهر المنـــزل، وباب داره في سكة أخرى. [البناية ١٠/٣٢٣]

لشريك لم يقاسم: أي تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة، أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار، فحينئذ لا شفعة. [العناية ٨/٢٩٥] وأما الثبوت في حق المبيع؛ فلقوله عليه السلام: الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع، سيأتي تخريجه.

* قلت: (بهذا اللفظ) غريب. [نصب الراية ٤/١٧٢]، ولكن أخرج مسلم عن عبدالله بن إدريس عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع و لم يؤذنه فهو أحق به. [رقم: ١٦٠٨، باب الشفعة]

ولقوله عليه السلام: "جار الدَّار أحقُّ بالدّارِ والأرض، **يُنْتَظَر** له وإن كان غائباً **إذا كان طريقُهما** واحداً"،* ولقوله عليه السلام: "الجار أحقّ بسَقَبه" قيل: يا رسول الله ما سَقَبُه؟ قال "شُفْعَتُه"،** ويروى: "الجار أحقُّ بشفعته"،*** وقال الشافعي رحمه الله: **لا شُفعةَ بالجوارِ**؛ لقوله عليه السلام: "الشفعة **فيما لم يُقْسَم**،

ينتظر: أي الشفيع يكون على شفعته وإن غاب؛ إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرّر سببه كذا قال تاج الشريعة.[نتائج الأفكار ٨/٢٩٦] **إذا كان طريقهما إلخ**: المراد به جار هو شريك في الطريق، ويثبت الحكم في الشِّرب دلالة؛ لأن الشُّفعة إنما تثبت بالشِّركة في الطريق باعتبار الحاجة، وقد وجدت في الشِّرب.[الكفاية ٨/٢٩٦] **لا شفعة بالجوار**: وكذا بالشركة في الحقوق كالطريق والشرب؛ لأن ذلك كالجوار، وكذا فيما لا يحتمل القسمة كالنهر والبئر، وبه قال مالك وأحمد. [البناية ١٠/٣٢٩]

فيما لم يُقسَم: ووجه الاستدلال: أن اللام للجنس كقوله عليه السلام: "الأئمة من قريش"، فتنحصر الشفعة فيما لم يقسَم، يعني إذا كان قابلاً للقسمة، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده، وأنه قال: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه، وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم، وأما الشريك في حق المبيع والجار، فحق كل منهما مقسوم، فلا شفعة فيه.[العناية ٨/٢٩٦]

*هو مركب من حديثين، فصدر الحديث أخرجه أبوداود في "البيوع"، والترمذي في "الأحكام"، والنسائي في "الشروط".[نصب الراية ٤/١٧٢] أخرجه أبوداود في "سننه" عن شعبة عن قتادة عن الحسن عن سَمُرة عن النبي ﷺ قال: "جار الدّار أحق بدار الجار أو الأرض". [رقم: ٣٥١٧، باب فى الشفعة] وبقية الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة.[نصب الراية ٤/١٧٣] أخرجه أبو داود في "سننه": عن عبدالملك بن أبي سليمان بن أبي رباح عن جابر بن عبدالله قال: قال رسول الله ﷺ: الجار أحق بشفعة جاره ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً. [رقم: ٣٥١٨، باب في الشفعة]

** أخرج البخارى في "صحيحه" عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبي ﷺ أنه سمع النبي ﷺ يقول: "الجار أحقّ بسقبه".[رقم: ٢٢٥٨، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع]

*** تقدم في حديث جابر عند الترمذي.[نصب الراية ٤/١٧٤] أخرجه الترمذي في "جامعه" عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "الجار أحقّ بشفعته ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً".[رقم: ١٣٦٩، باب ما جاء في الشفعة للغائب]

فإذا وقعت الحدود **وصُرِفَت الطُّرق** فلا شفعة"* ولأن حقَّ الشُّفعةِ معدولٌ به **عن سُنَنِ القياسِ**؛ لما فيه من تملُّك المال على الغير من غير رضاه، وقد ورد الشَّرع به فيما لم يُقْسَمْ، **وهذا** ليس في معناه؛ لأن مُؤْنَةَ القسمة تلزمه **في الأصل** دون الفرع. **ولنا: ما رويناه**، ولأن ملْكَه (الجار) متصل **بملك الدَّخيل** اتصالَ **تأبيدٍ وقرار**، فيثبت له حقُّ الشفعةِ عند **وجودِ المعاوضة** بالمال **اعتباراً** بموردِ الشرعِ؛ (الشريك في نفس المبيع)

وصرفت الطرق: أي جعل لكل قسم طريق على حدة، فلا شفعة.(البناية) **عن سنن القياس**: فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلاً، لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم، فلا يلحق به غيره قياساً أصلاً، ولا دلالة إذا لم يكن في معناه من كل وجه.(العناية) **وهذا**: أي الجار، يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع؛ لأن ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه.[العناية ٢٩٧/٨]

في الأصل: أي فيما لم يقسم، ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم، ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده، بل فيه وفي الشريك في حق المبيع؛ لأنه مقسوم أيضاً، وفيما لم يحتمل القسمة كالبئر والحمام.[العناية ٢٩٧/٨] **ولنا ما رويناه**[من قوله عليه السلام: "الجار أحق بسقبه"]: قال الإمام الحلواني: تركوا العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته، والعجب منهم أنهم سمّوا أنفسهم بأصحاب الحديث، وقد أخرج ابن أبي شيبة عن أبي أسامة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد عن أبيه، قلت: يارسول الله ! أرضي ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار، قال: "الجار أحق بسقبه ما كان". وسمّي الزوجة جارًا؛ لأنها تجاوره في الفراش لا أنها تشاركه.[البناية ٣٣١/١٠]

بملك الدخيل: أي متصل بما ملك المشتري بالشراء.(البناية) **تأبيد وقرار**: احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية، وذكر القرار احتراز عن المشتري شراءً فاسداً؛ فإنه لا قرار له؛ إذ الواجب النقض دفعاً للفساد.[الكفاية ٢٩٨/٨]

وجود المعاوضة إلخ: احترز به عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهراً.(البناية) **اعتباراً**: أي إلحاقاً بالدّلالة بمورد الشرع، وهو ما لا يقسم.[البناية ٣٣٣/١٠]

* أخرجه البخاري عن أبي سلمة عن جابر بن عبدالله قال: قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطُّرق فلا شفعة.[رقم: ٢٢٥٧، باب الشّفعة فيما لم يقسم]

وهذا لأنَّ الاتصالَ على هذه الصِّفة إنما انتصَبَ سبباً فيه؛ **لدفع ضرر** الجوار؛ إذ هو (اتصال تأبيد وقرار) (مورد الشرع) مادَّة المضارّ على ما عرف، **وقطعُ هذه المادة** بتملّك الأصيل أولى؛ لأن الضَّرر في (الشفيع) حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى، **وضرر القسمة** مشروع **لا يصلح علّةً** لتحقيق **ضرر غيره**. وأما الترتيب؛ فلقوله عليه السلام: "**الشَّريكُ أحقُّ** من الخليطِ، والخليطُ أحقُّ من الشَّفيع"،* فالشريك في نفس المبيع، والخليط في حقوق المبيع، والشفيع هو الجار،

وهذا إلخ: هذا كأنه جواب عن قوله: وهذا ليس في معناه.(البناية) **لدفع ضرر:** أي لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، حتى لا يثبت للمستأجر والمستعير؛ إذ هو مادة المضار من وجوه مختلفة. **وقطع هذه المادة:** جواب إشكال، وهو أن يقال: الشفيع أن يتضرر بالدّخيل، والدخيل أيضاً يتضرر بتملك الشفيع ماله عليه، فأجاب بأن قطع هذه المادة.(البناية) **وضرر القسمة:** هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله: لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل عند بيع أحد الشريكين؛ لأنه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة.[البناية ٣٣٣/١٠]

لا يصلح علة: يعني أن ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعاً، وما وجب شرعاً وصار حقاً عليه لا يصلح علة لتحقق ضرر المشتري بتملك ماله بغير رضاه، وإنما المرفوع ضررٌ ليس بحقٍ عليه شرعاً.[الكفاية ٣٠١/٨-٢٩٩] **ضـــرر غيره:** وهو التملك على المشـــتري من غير رضاه لدفع ضرر القسمة.[البناية ٣٣٤/١٠] **الشريك أحق إلخ:** أي الشريك راجح في حق الشُّفعة بالنسبة إلى الخليط، فلذا يتقدم على الخليط، وإن كان للخليط استحقاق معه، بخلاف الابن وابن ابن آخر؛ لأن شرط استحقاقه عدم الابن، فهنا لو أسقط الابن حقه في التركة لا يثبت لابن الابن حق فيها مع وجود الابن، والحاصل أن الشَّريك صاحبٌ للخليطِ في الحكم، والابن حاجب لابن ابن خر في النسب.[حاشية البناية ٣٣٦/١٠]

*غريب، وذكره ابن الجوزي في "التحقيق"، وقال: هذا حديث لا يعرف. وأما المعروف فما رواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك رحمه الله عن هشام بن المغيرة الثقفي قال: قال الشعبي: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب".[نصب الراية ١٧٦/٤] وروى عبدالرزاق في "مصنفه" عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه. [٧٩/٨، باب الشفعة بالجوار والخليط أحق]

ولأن الاتصال بالشِّركة في المبيع أقوى؛ لأنه في كل جزء، وبعده الاتصال في الحقوق؛ (الاتصال بالشركة)
لأنه شركة في مرافق الملك، والتَّرجيح يتحقَّقُ بقوة السَّبب، ولأن ضرر القِسمة (منافع)
إن لم يصلح علَّةً **صلح مُرَجِّحاً**. قال: وليس للشَّريك في الطريق والشِّرب والجار شفعة (لاستحقاق الشفعة)
مع الخليط في الرقبة؛ لما ذكرنا أنه مقدّم. قال: فإن سلَّم فالشَّفعة للشَّريكِ في الطريق، (الشريك) (نفس المبيع)
فإن سلَّم أخذها الجارُ؛ لما بيّنا من الترتيب، والمراد بهذا الجار الملاصق، وهو الذي **على ظهرِ الدَّارِ** المشفوعةِ، وبابه في **سَكَّةٍ أخرى**، وعن أبي يوسف رحمه الله: أن مع وجود (في غير ظاهر الرواية)
الشّريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلّم أو استوفى؛ لأنهم **محجوبون به**، ووجه الظاهر: أنَّ
السَّببَ قد تقرّر في حقِّ الكلِّ، إلا أن للشريك حقَّ التقدم، فإذا سلَّم كان لمن يليه (الاتصال) (في نفس المبيع)
بمنـــزلة **دين الصحة** مع دين المرض، والشريك في المبيع قد يكون في بعضٍ منها، كما
في منـــزل معينٍ من الدّار، أو جدارٍ معين منها، وهو مقدَّم **على الجار** في المنـــزلِ، (الدار)

صلح مرجحاً: لأن القسمة أمر مشروع يصح مرجحا.(البناية) **فإن سلّم**: أي الشريك في نفس المبيع.(البناية)
أخذها الجار: لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع؛ ليمكنه الأخذ إذا سلم الشريك، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك.(العناية) **على ظهر الدار**: احترز به عن الجار المقابل.(الكفاية) **سكة أخرى**: احتراز عما إذا كان بابه في سكة غير نافذة في هذه الدار.[الكفاية ٣٠١/٨] **محجوبون به**: فلا فرق؛ إذ ذاك بين الأخذ والتسليم.[العناية ٣٠١/٨]
دين الصحة: أي كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في الشركة، فإنه إذا أسقط حقهم بالإبراء كانت التركة لغرماء المرض لديونهم؛ لأن سبب استحقاقهم ثابت.(النهاية)
في منـــزل معين: مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت، وفي بيت منها شركة.[العناية ٣٠١/٨]
على الجار: أي الشريك في منـــزل معين من الدار أو جدار معين منها مقدم على الجار في المنـــزل، في "المغني": ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق أنْ لا يكون شريكاً في الأرض التي هي تحت الحائط الذي هو مشترك بينهما، أما إذا كان شريكاً فيه لا يكونُ مؤخراً، بل يكون مقدماً. وصورة ذلك: =

وكذا على الجار في بقية الدار في أصحِّ الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن اتصاله أقوى **والبقعةُ واحدة**. ثم لابدَّ أنْ يكونَ الطَّريق، أو الشِّرب خاصًّا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه، فالطَّريق الخاص: أن لا يكون نافذاً، والشِّرب الخاص: أنْ يكونَ نهراً لا تجري **فيه السُّفنُ**، وما تجري فيه فهو عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعن أبي يوسف رحمه الله: أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه **قراحان**، أو ثلاثة، وما زاد على ذلك فهو عام. فإن كانت سكَّة مستطيلة غير نافذةٍ يتشعبُ منها سكَّة غير نافذة، وهي مستطيلة، فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشُّفعة خاصةً **دون أهل العُليا**، المنشعبة

= أن يكون أرض بين اثنين غير مقسومة بنيا في وسطها حائطاً، ثم اقتسما الباقي، فيكون الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركاً بينهما، فكان هذا الجار شريكاً في بعض المبيع، أما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الحائط، وخطّا خطاً في وسطها، ثم أعطى كل واحد منهما شيئاً حتى بنيا حائطاً، فكل واحد منهما جار لصاحبه في الأرض شريك في البناء لا غير، والشريك فى البناء لا غير يوجب الشفعة.[الكفاية ٣٠١/٨]

وكذا: أي كما هو مقدم على الجار في المنـــزل كذلك هو مقدم على الجار في بقية الدار.(الكفاية)

والبقعة واحدة: لأن كل الدار واحد عن أبي يوسف رحمه الله، والرواية الأخرى: أنه والجار سواء في بقية الدار.[العناية ٣٠١/٨] **فيه السفن**: قيل: أريد به أصغر السفن.[الكفاية ٣٠٢/٨]

قراحان [أو بستانان أو ثلاثة]: القراح من الأرض كل قطعة على حالها، ليس فيها شجر ولا بناء، وفي "الذخيرة": وعامة المشايخ على أن الشركاء في النهر إذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير، وإن كانوا يحصون فهو نهر صغير، لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما يحصى وما لا يحصى، وبعض مشايخنا قالوا: أصح ما قيل فيه: أنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه، إن رآهم كثيراً كانوا كثيراً، وإن رآهم قليلاً كانوا قليلاً.[الكفاية ٣٠٢/٨]

دون أهل العليا: لأنه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور، وليس لهم أن يفتحوا فيها باباً، فكانت كالمملوكة لأهلها، بخلاف السكة الواحدة إذا بيعت دار في أقصاها كانت الشفعة بين أهل السكة الواحدة، وإن لم يكن لأهل الأعلى حق المرور في الأقصى؛ لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق فيها واحد، فللكل فيها شركة من أول السكة إلى آخرها، إلا أن شركة البعض أكثر، والترجيح لا يقع بالكثرة على ما عرف.[الكفاية ٣٠٢/٨]

وإن بيعت في العليا **فلأهل السكتين**، والمعنى **ما ذكرنا** في كتاب أدب القاضي، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه، **فهو على قياس** الطريق **فيما بيّناه**. قال: ولا يكون الرجل بالجُذوع على الحائط شفيعَ شركة، ولكنه شفيع جوار؛ لأن العلة هي الشركة في العقار، وبوضع الجذوع لا يصير شريكاً في الدار، إلا أنه جار مُلازق. قال: **والشَّريك في** خشبة تكون على حائط الدَّار جار؛ **لما بيّنا. قال:** وإذا اجتمع الشُّفعاء، فالشُّفعة بينهم على عددِ رؤوسهم، **ولا يعتبر اختلاف** الأملاك، وقال الشافعي رحمه الله: هي على مقادير الأَنْصِبَاء؛ لأن الشفعة من مرافق الملك، ألا يرى أنها لتكميل منفعته،

فلأهل السكتين: لأن لأهل السفلى حق المرور فيها.(الكفاية) **ما ذكرنا:** وهو قوله: لأن فتحه للمرور، ولا حق لهم في المرور، وأصل ذلك: أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان، فكل من له ولاية فتح الباب في سكة، فله استحقاق الشفعة في تلك السكة، ومن لا فلا.[العناية ٣٠٢/٨]

فهو على قياس إلخ: فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق، فلذلك قال: على قياس الطريق، يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر، لا لأهل النهر الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى.[الكفاية ٣٠٢/٨]

فيما بيناه: يعني قوله: فإن كانت سكة غير نافذة ينشعب منها سكة غير نافذة إلخ.[العناية ٣٠٢/٨]

والشريك في إلخ: قال الكاكي: وتأويله: إذا كان وضع الخشبة على الحائط من غير أن يملك شيئاً من رقبة الحائط؛ لأنه إذا كان هكذا يكون جاراً لا شريكاً.(البناية) **لما بينا إلخ:** أن العلة هي الشركة في العقار، فبالشركة في الخشبة لا يكون شريكاً في الدار.[الكفاية ٣٠٢/٨] **قال:** أي محمد في بيوع "الجامع الصغير".[البناية ٣٤٧/١٠]

ولا يعتبر اختلاف إلخ: بيانه: دار بين ثلاثة: لأحدهم نصفها، ولآخر ثلثها، ولآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه، وطلب الآخران الشفعة، قضى بالشقص المبيع بينهما عند الشافعي رحمه الله أثلاثاً بقدر ملكهما، وإن باع صاحب السدس نصيبه قضى بينها أخماساً، وإن باع صاحب الثلث قضى بينهما أرباعاً، وعندنا قضى بينهما نصفان في الكل، وكذلك على أصلنا إذا بيعت ولها جاران: جار من ثلاثة جوانب، والآخر من جانب واحد، وطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان.[الكفاية ٣٠٣/٨]

فأشبه الرِّبح والغلَّة والولد والثمرة. ولنا: أنَّهم **استووا** في سبب الاستحقاق، وهو الاتصال، فيستوون في الاستحقاق، ألا يرى أنه لو انفرد واحدٌ منهم **استحقَّ كلَّ الشفعة**، وهذا آية كمال السبب، **وكثرة الاتصال** تُؤذِن **بكثرة العلَّة**، **والترجيح يقع بقوةٍ** في الدليل **لا بكثرته**،

سند على

فأشبه الربح: فإن الشريكين إذا اشتريا شيئاً بخمسة عشر درهماً مثلاً، ومال أحدهما خمسة ومال الآخر عشرة، ثم باعاه، فربحا ثلاثة دراهم، فالدرهمان لصاحب العشرة، والدرهم الواحد لصاحب الخمسة؛ لأن الربح تبع للمال، فكان بينهما على قدر رأس مالهما.[الكفاية ٣٠٣/٨] **والغلة:** أي وأشبه غلة العقار المشترك بين اثنين أثلاثاً يكون أثلاثاً.(البناية) **والولد والثمرة:** أي وأشبه الولد من الجارية المشتركة، أو البهيمة المشتركة يكون فيه الملك لكل واحد بقدر الملك في الأم، وكذلك ثمرة النخل المشترك.[البناية ٣٤٨/١٠] **استووا:** وذلك لأن سبب استحقاق الشفعة إما الجوار أو الشركة، وقد استووا في أصل ذلك؛ فإن صاحب القليل شريك لصاحب الكثير، وجار؛ لاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير.(النهاية)

استحق كل الشفعة: يعني أن صاحب الكثير لو باع نصيبه، كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالاتفاق، كما لو باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع؛ لما أن ملك كل جزء علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة، فإنما اجتمع في حق صاحب الكثير علل، وفي حق صاحب القليل علة واحدة، والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل، ألا ترى أن أحد المدعيين لو أقام شاهدين، والآخر عشراً فهما سواء، وكذلك لو أن رجلاً جرح رجلاً جراحة واحدة، وجرحه آخر عشرجراحات، فمات استويا في حكم القتل.[الكفاية ٣٠٣/١٠] **وكثرة الاتصال:** هذا جواب عما يقال: الاتصال سبب الاستحقاق، وصاحب الكثير أكثر اتصالاً، فأنى يتساويان.[البناية ٣٥٠/١٠]

بكثرة العلة: لأن الاتصال بكل جزء علة.(البناية) **والترجيح يقع بقوة إلخ:** كالشريك يرجح على الجار، وكجز الرقبة مع جرح الآخر، فإن حكم القتل يضاف إلى الجاز لا إلى الجارح بالاتفاق.(الكفاية) **لا بكثرته:** [كما في الشاهدين و عشرة شهود. (البناية)] لأن ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحاً؛ لأن عند ظهور الترجيح كان المرجوح مدفوعاً بالراجح، وههنا حق صاحب القليل لا يبطل أصلاً، فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة.[الكفاية ٣٠٣/٨]

ولا قوة ههنا؛ لظهور الأخرى بمقابلته، **وتملُّك ملك** غيره **لا يُجْعل ثمرةً** من ثمرات ملكه، **بخلاف الثمرة** وأشباهها. **ولو أسقط بعضُهم** حقه، فهي للباقين في الكل على عددهم؛ لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم، وقد انقطعت في حق أحدهم، ولو كان البعض غُيَّبًا جمع غائب يقضى بها بين الحضور على عددهم؛ لأن الغائب لعله بالتسليم **لا يطلب**. وإن قضي لحاضر بالجميع، ثم حضر آخر وطلب يُقضى له بالنصف، ولو حضر ثالث، فبثلث ما في يدكل واحدٍ تحقيقًا للتسوية، فلو سلّم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادمُ إلا النصف؛ لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر **يَقْطع** حقّ الغائب عن النِّصف بخلاف ما قبل القضاء. قال القدوري: والشفعة تجبُ بعقد البيع، ومعناه: **بعده** لا أنه هو السبب؛ لأن سببها الاتصال على **ما بيّناه**.

وتملك ملك إلخ: جواب عما قاله الشافعي رحمه الله: إن الشفعة من مرافق الملك.[البناية ١٠/٣٥١]

لا يجعل ثمرة [لأنه لا يتولد من ملكه]: أي القدرة على التملك لا تعد من ثمرات الملك، كالأب له أن يتملك جارية ابنه، ولا يعد من ثمرات ملكه.(الكفاية) **بخلاف الثمرة إلخ:** فإنها متولدة من العين، فيتولد بقدر الملك، أما تملك ملك غيره فلا يتولد من ملكه، فكيف يجعل كالثمرة واللبن والولد.[الكفاية ٨/٣٠٣]

ولو أسقط بعضهم: يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه، فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده، فإن كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون أنصبائهم كما تقدم.(العناية)

لا يطلب: يعني قد يطلب وقد لا يطلب، فلا يترك حق الحاضرين بالشك. [العناية ٨/٣٠٤]

يقطع إلخ: لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه، والمقضي عليه في قضية لا يصير مقضيًا له فيها.(العناية) **بعده:** وهو يوهم أن الباء للسببية، فيكون سببها العقد وليس كذلك.[العناية ٨/٣٠٤] **ما بيناه:** يعني قولهم: ولنا أنهم استووا في سبب الإستحقاق وهو الاتصال.[البناية ١٠/٣٥٤]

والوجه فيه: **أن الشفعة** إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار، والبيع يعرفها، ولهذا (هذا التأويل) (الرغبة) يكتفى بثبوت البيع في حقه، حتى يأخذها الشَّفيع إذا **أقر البائع بالبيع**، وإن كان (البائع) المشتري يُكذِّبه. قال: **وتستقر بالإشهاد، ولابد من طلب المواثبة؛** لأنه حقٌّ ضعيف (الشفعة) (القدوري) يـــبطل بالإعراض، **فلابد من الإشهاد** والطلب؛ ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه، (الشفيع) ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي، ولا يُمكنُه إلا بالإشهاد. قال: وتُمْلَكُ بالأخذ (الشفيع) (الإثبات) إذا سلّمها المشتري أو حكم بها الحاكم؛ لأن الملك للمشتري قد تم، فلا يُنتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي، **كما في الرجوع** في الهبة، **وتظهر فائدة هذا**

أن الشفعة: يعني أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار، ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه، وله دليل ظاهر، وهو البيع، فيقام مقامه، والحاصل: أن الاتصال بالملك سبب، والرغبة عن الملك شرط، والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صحَّ له أن يأخذه وإن كذبه المشتري. ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له، أو وهب وسلم، فإن الرغبة عنه قد عرفت، وليس للشفيع الشفعة، وأجيب بأن في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع، بخلاف الإقرار، فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية، فعومل به كما زعمه، والهبة لا تدل على ذلك؛ إذ غرض الواهب المكافأة، ولهذا كان له الرجوع، فلا ينقطع عنه حقه بالكلية.(العناية) **أقر البائع بالبيع:** بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذه.[العناية ٣٠٥/٨]

وتستقر بالإشهاد: أي أن الشفعة تستقر بالإشهاد.(البناية) **طلب المواثبة:** وهو طلب الشفعة على السرعة، وإنما أضاف الطلب إلى المواثبة لتلبسه بها.[البناية ٣٥٥/١٠] **فلابد من الإشهاد إلخ:** أي لابد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه، والإشهاد والطلب يَدُلّانِ على الدوام فلابد منهما.[العناية ٣٠٥/٨]

كما في الرجوع إلخ: أي كما لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالتراضي و قضاء القاضي؛ لأن الموهوب دخل في ملك الموهوب له، فلا يخرج إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لما ذكرنا آنفاً.[البناية ٣٥٦/١٠]

وتظهر فائدة هذا: أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين إلى وقت أخذ الدار بأحد الأمرين المذكورين.[العناية ٣٠٦/٨]

فيما إذا مات الشفيع **بعد الطلبين**، أو باع داره المستحق بها الشفعة، أو بيعت دار بجنب الدّار المشفوعة قبل حكم الحاكم، أو تسليم المخاصم: لا تورث عنه **في الصورة الأولى**، وتبطُل شفعتُه **في الثانية**، ولا يستحقها **في الثالثة**؛ لانعدامِ الملك له، ثم قوله: (متعلق بالمسائل الثلاث) (القدوري) تجب بعقد البيع بيانٌ أنه لا يجب إلا عند معاوضةِ المال بالمال على **ما نبيِّنه** إن شاء الله تعالى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

بعد الطلبين: أي طلب المواثبة وطلب التقرير، ويسمى طلب التقريرطلب الإشهاد أيضاً.[البناية ٣٥٦/١٠]

في الصورة الأولى إلخ: وهي ما إذا مات الشفيع بعد الطلبين؛ لأنه لم يملكها المورث فكيف تورث عنه.(العناية) **في الثانية إلخ:** يعني إذا باع داره لزوال السبب، وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم.(العناية) **في الثالثة:** يعني إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة؛ لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها.[العناية ٣٠٦/٨]

ما نبينه: أي في باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب.[البناية ٣٥٧/١٠]

باب طلب الشُّفعةِ والخصُومة فيها

قال: وإذا عَلِمَ الشّفيع **بالبيع** أَشْهَد في مجلسه (العلم) ذلك على المطالبة، اعلم أن الطَّلب على ثلاثةِ أوجه: **طلب المواثبة**، وهو أن يطلبها **كما عَلِم**، حتى لو بلغ الشَّفيعَ البيعُ، ولم يطلب شُفعته بطلت الشفعة؛ **لما ذكرنا**. ولقوله عليه السلام: "الشُّفعةُ لمن واثبها"،* ولو أُخبِر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه، فقرأ الكتابَ إلى آخره بطلت شفعته،

باب إلخ: لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه.(العناية) **بالبيع إلخ:** وكلامه ظاهر لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ ننبه عليها.[العناية ٣٠٧/٨] **طلب المواثبة إلخ:** سمّيت به؛ تبركاً بلفظ الحديث: "الشفعة لمن واثبها" أي لمن طلبها على وجه السرعة والمبادرة، مفاعلة من الوثوب على الاستعارة؛ لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيه.[الكفاية ٣٠٧/٨]

كما علم إلخ: أي على فور علمه بالبيع من غير توقف، سواءكان عنده إنسان أولم يكن، وذكر في "المبسوط": وإذا علم بالبيع وهو بمحضر من المشتري، فالجواب واضح: أن يطلبها، وكذلك إن كان بمحضرمن الشهود ينبغي له أن يشهدهم على طلبه، وكذلك لو لم يكن بحضرته أحد حين سمع ينبغي أن يطلب الشفعة، والطلب صحيح من غير إشهاد، والإشهاد لمخافة الجحود، فينبغي له أن يطلب حتى إذا حلفه المشتري، أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع، وذكر في "شرح الأقطع": وإنما يفعل ذلك أي يطلب وإن لم يكن عنده أحد؛ لئلا تسقط فيما بينه وبين الله تعالى.[الكفاية ٣٠٧/٨]

لما ذكرنا: وهو قوله: لأنه ضعيف يبطل بالإعراض، فلابد من الإشهاد، وقال ابن أبي ليلى: إن طلب إلى ثلاثة أيام فله الشفعة، وقال سفيان: له مهلة يوم حين سمع، وقال شريك: هو على شفعته مالم يبطلها صريحاً أو دلالة بمنـــزلة سائر الحقوق المستحقة.[الكفاية ٣٠٧/٨-٣٠٨]

*هذا ليس بحديث.[البناية ٣٠٩/١٠] و إنما أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" عن الحسن بن عمارة عن رجل عن شريح قال: "إنما الشفعة لمن واثبها"، قال عبد الرزاق: وهو قول معمر. [٨٣/٨ ، باب الشفيع يأذن قبل البيع وكم وقتها]

وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله، وهو رواية عن محمد رحمه الله، وعنه أن له مجلس العلم، والروايتان **في "النوادر"**، وبالثانية أخذ الكرخي رحمه الله؛ لأنه لما ثبت له خِيَارُ التملُّك لابد له من زمان التأمل، **كما في المخيّرة. ولو قال بعد ما** بلغه البيع: الحمد لله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، أو قال: سبحان الله لا تبطل شفعته؛ لأن الأول حمدٌ على الخلاص من جواره، والثاني: تعجب منه لقصد إضراره والثالث: لافتتاح كلامه، فلا يدلّ شيء منه على الإعراض. وكذا إذا قال: مَن ابتاعها وبكم بيعت؛ لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن، ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، والمراد بقوله في الكتاب: أَشْهَدَ في مجلسه ذلك على المطالبة، طلب المواثبة، والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو **لنفي التجاحُد. والتقييد بالمجلس** إشارة إلى ما اختاره الكرخي رحمه الله، ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة، كما لو قال: طلبتُ الشفعةَ، أو أطلبها، أو أنا طالبها؛ **لأن الاعتبار للمعنى.**

وعلى هذا: أي على أنّ طلب الشفعة على الفور. (البناية) **في النوادر:** أي الروايتان المذكورتان عن محمد مذكورتان في نوادر محمد.[البناية ١٠/٣٦٠] **كما في المخيرة إلخ:** فإن لها الخيار ما دامت في مجلسها، والجامع: حاجة الرأي والتأمل، ولأن الشرع أوجب له حق التملك ببدل، ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه، فهذا مثله.(الكفاية) **ولوقال بعد ما إلخ:** إلى قوله: لا تبطل شفعته هذا على رواية أن له مجلس العلم.[الكفاية ٨/٣٠٨]

لنفي التجاحد إلخ: يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج إلى الشهود، وتحقيقه: أن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، والإشهاد في ذلك ليس بشرط.[العناية ٨/٣٠٨]

والتقييد بالمجلس: أي تقييد القدوري بقوله: أشهد في مجلسه.[البناية ١٠/٣٦٢]

لأن الاعتبار للمعنى: ظاهر قوله: طلبتُ الشفعة إخبار عن الطلب في الزمان الماضي، وإنه كذب، والكذب لا عبرة به، فكأنه لم يطلب، وكذا إذا قال: أطلبها؛ لأنه عدة، إلا أنه في العرف يراد بهذه الألفاظ الطلب للحال، لا الخبر عن أمر ماضٍ أو مستقبل.[الكفاية ٨/٣٠٨]

وإذا بلغ الشفيعَ بيع الدّار لم يجب عليه الإشهاد، حتى يخبره رجلان، أو رجل وامرأتان، أو واحدٌ عدل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يجب عليه أن يُشْهِدَ إذا أخبره واحد، حراً كان أو عبداً، صبيّاً كان أو امرأةً إذا كان الخبر حقاً، وأصل الاختلاف في عزل الوكيل، **وقد ذكرناه** بدلائله وأخواته فيما تقدَّم، وهذا **بخلاف المخيرة** إذا أخبرت عنده؛ لأنه ليس فيه **إلزامُ حكم، وبخلاف ما إذا** أخبره المشتري؛ لأنه خَصْم فيه، والعدالة غير معتبرة في الخصوم. والثاني: طلب التقرير والإشهاد؛ لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا، **ولا يمكنه الإشهاد** ظاهراً على طلب المواثبة؛ لأنه على فور العلم بالشراء، فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير، وبيانه ما قال في الكتاب. ثم ينهض منه يعني: من المجلس، ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده،

وقد ذكرناه: إشارة إلى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث، وهو من فصول كتاب أدب القاضي، وأراد بأخواته: المولى إذا أخبر بجناية عبده، والشفيع، والبكر، والمسلم الذي لم يهاجر إليها.(العناية)

بخلاف المخيرة: يعني أن المرأة إذا أخبرت بأن زوجها خيرها في نفسها، ثبت لها الخيار، عدلاً كان المخبر أو غيره، فإن اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق وإلا فلا؛ لما ذكر أنه ليس فيه إلزام حكم حتى يشترط فيه أحد شطري الشهادة.[العناية ٣٠٩/٨] **إلزام حكم:** بل هو آنفاً ما كان على ما كان؛ لأن النكاح لازم قبل هذا، وفي حق الشفيع إلزام، حيث يلزمه ضرر سوء الجوار.[البناية ٣٦٤/١٠]

وبخلاف ما إذا إلخ: [حيث لا يشترط في المشتري أيضاً أحد شطري الشهادة] يعني أن المخبر بالشفعة إذا كان هو المشتري، وقال: اشتريت دار فلان لا يشترط فيه العدد أو العدالة، حتى إذا سكت الشفيع عند الإخبار ولم يطلب الشفعة، بطلت شفعته.[البناية ٣٦٤/١٠] **ولا يمكنه الإشهاد:** حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه البيع بحضرة الشهود والمشتري أو البائع حاضر أو كان عند العقار يكفيه، ويقوم ذلك مقام الطلبين.

معناه: لم يسلم إلى المشتري، أو على المبتاع أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرّت شفعته؛ وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه؛ لأن للأول اليدَ وللثاني الملك. وكذا (البائع والمشتري) يصح الإشهاد عند المبيع؛ لأن الحق متعلّق به، فإن سلَّم البائعُ المبيعَ لم يصح الإشهاد عليه؛ لخروجه من أن يكونَ خصماً؛ إذ لا يدَ له ولا ملك، فصار كالأجنبي. وصورة (إلى المشتري) هذا الطلب أن يقول (البائع): إن فلاناً اشترى هذه الدّار، وأنا شفيعها وقد كنتُ طلبتُ الشفعةَ، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُشترط تسمية (الشفيع) المبيع وتحديده؛ لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم، والثالث: طلبُ الخصومةِ والتملّك، **وسنذكر كيفيته** من بعد إن شاء الله تعالى. قال (القدوري): ولا تَسْقط الشُّفعة بتأخير **هذا الطلب** عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: إن تركها (الشفعة) شهراً بعد الإشهاد بطلت، وهو قول زفر رحمه الله، **معناه**: إذا تركها من غير عذر، وعن (الشفعة) أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تَبْطل شفعته؛ لأنه إذا مضى مجلسٌ من مجالسه و لم يخاصِمْ فيه اختياراً دلّ ذلك على إعراضه وتسليمه.

على المبتاع: أي على المشتري سواءً كانت الدار في يده أو لا؛ لأن الملك له ويأخذ الشفعة منه.[البناية ١٠/٣٦٥]

لم يصح إلخ: ذكر أبو الحسن القدوري والناطفي أنه لا يصح الطلب عنده، وذكر شيخ الإسلام أنه صحيح استحساناً، وهكذا ذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويسي.[الكفاية ٨/٣١٠]

وسنذكر كيفيته إلخ: أي عند قوله: وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة إلى آخره.(البناية) **هذا الطلب**: طلب الخصومة والتمليك.[البناية ١٠/٣٦٧] **معناه**: وإنما قال: معناه إذا تركها من غير عذر؛ لأنهم أجمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك، و لم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته، وإن طالت المدة.[العناية ٨/٣١٠]

وجه قول محمد رحمه الله: أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً يتضرر به المشتري؛ لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع، فقدّرناه بشهر؛ لأنه آجل، وما دونه عاجل على ما مرَّ **في الأيمان**. ووجهُ قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو ظاهر المذهب **وعليه الفتوى**، أنّ الحق متى ثبت، واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه، وهو التَّصريح بلسانه، كما في **سائر الحقوق**. **وما ذُكِر** من الضَّرر يُشْكِلُ بما إذا كان غائباً، **ولا فرق** في حق المشتري بين الحضر والسفر. ولو عَلِمَ أنه لم يكن في البلدة قاضٍ لا تبطل شفعته بالتأخير بالإتفاق؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي، فكان عذراً. قال: **وإذا تقدَّم الشَّفيع** إلى القاضي، **فادعى الشراء** وطلب الشفعة،

في الأيمان: أي في مسألة ليقضين حقه عاجلاً، فقضاه فيما دون الشهر في يمينه.(البناية) **وعليه الفتوى**: وهذا مخالف لما قال قاضي خان في "جامعه"، وصاحب "المنافع"، و"الخلاصة" أن الفتوى على قول محمد رحمه الله، ولكن الذي أخذ به المصنف هو الذي أخذ به الطحاوي في "مختصره"، والكرخي أخذ برواية الشهر، إلا أن يكون القاضي عليلاً أو غائباً. [البناية ١٠/٣٦٩] **سائر الحقوق**: فإنها بعد الثبوت لا تسقط إلا بالإسقاط.

وما ذكر إلخ: جواب عن قول محمد يعني أن الشفيع إذا كان غائباً لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر، فكما لا تبطل وهو غائب، لا تبطل وهو حاضر.[العناية ٨/٣١٠] **ولا فرق إلخ**: أي لا فرق في لزوم الضرر على المشتري من أن يكون الشفيع حاضراً أو غائباً، ثم لا يعتبر ضرره في الشفيع الغائب حيث لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالإتفاق، فيجب أن لا تبطل فيما إذا كان الشفيع حاضراً.(البناية) **وإذا تقدم الشفيع**: وهذا هو طلب الخصومة الذي وعده بقوله: وسنذكر كيفيته من بعد.[البناية ١٠/٣٧٠]

فادعى الشراء: وصورة ذلك: أن يقول الشفيع للقاضي: إن فلاناً اشترى داراً، وبين مصرها ومحلتها وحدودها، وأنا شفيعها بدار لي، وبين حدودها، فمره بتسليمها إلي، وإنما يبين هذه الأشياء؛ لأن الدعوى إنما تصح في المعلوم، وإعلام العقار بهذه الأشياء.[الكفاية ٨/٣١٠]

سأل القاضي المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به، **وإلا كلَّفه** بإقامة البينة؛ لأن اليد ظاهر محتمل، فلا تكفي لإثبات الاستحقاق. قال ﷺ: يسأل القاضي المدعي قبل أن يُقْبِلَ على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها؛ لأنه ادّعى حقًا فيها، فصار كما إذا ادّعى رقبتها، وإذا بيّن ذلك يسأله عن سبب شفعته **لاختلاف أسبابها**، فإن قال: أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن، **تم دعواه** على ما قاله الخصاف رحمه الله، وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً، وقد بيَّناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد. قال: فإن عجزعن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به،

وإلا كلفه: أي إن أنكر أن يكون شفيعها، بأن كان المدعي ادعى الشفعة بسبب الجوار، والمدعى عليه أنكر أن يكون المدعي جاراً للدار المشتراة، وأن يكون الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدعي، فالقول قوله، وإن كانت تلك الدار في يد المدعي. وعلى المدعي أن يقيم البينة على أن تلك الدار ملكه؛ لأن اليد محتملة، يحتمل أن تكون يد ملك، ويحتمل أن تكون يد إجارة أو عارية، والمحتمل لا يصلح حجة، وأقصى ما فيه: أن الظاهر أن يده يد ملك، ولكن الظاهر يكفي لإبقاء ما كان على ما كان، ولا يكفي لاستحقاق أمر لم يكن، وحاجة الشفيع إلى الاستحقاق على المشتري، والظاهر لا يكفي لذلك.(النهاية)

لاختلاف أسبابها: فإن بعضهم قالوا: تثبت الشفعة للجار المقابل، وهو قول شريح ذكره في "المبسوط" إذا كان أقرب باباً، وعندنا: الشفعة على مراتب، فلابد أن يبيّن سببها؛ لينظر القاضي أن ما زعمه سبباً هل هو سبب، وبعد أن يكون سبباً هل هو محجوب بغيره.(النهاية) **تم دعواه:** قيل: لم يتم بعد، بل لابد أن يسأله، فيقول: هل قبض المشتري المبيع أو لا؟؛ لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له: متى أُخْبِرت بالشراء ؟ وكيف صنعت حين أُخْبِرت به؛ ليعلم أن المدة طالت أو لا، فإن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه، وعليه الفتوى.[العناية ٨/٣١١]

معناه: بطلب الشفيع؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقرّ به لزمه، ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف **على العلم**. **فإن نَكَلَ** أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدَّار التي يشفع بها، وثبت الجوار، فبعد ذلك سأله القاضي، يعني: المدعى عليه، هل ابتاع أم لا؟ فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع: أَقِمِ البينة؛ لأن الشُّفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع، **وثبوته بالحجة**. قال: فإن عجز عنها: استحلف المشتري بالله ما ابتاع، أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعةً من الوجه الذي ذكره، فهذا على الحاصل، **والأول** على السبب، وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى، **وذكرنا الاختلاف** بتوفيق الله، وإنما يُحَلِّفُه على البتات؛ لأنه استحلاف على فعل نفسه، وعلى ما في يده إصالةً، وفي مثله يحلف على البتات. قال: وتجوز المنازعةُ في الشفعة وإن لم يُحْضِر الشفيع الثمنَ إلى مجلس القاضي، فإذا قضى القاضي بالشُّفعة لَزِمَه إحضارُ الثمن، **وهذا ظاهر رواية** "الأصل".

معناه: أي معنى قول القدوري: استحلف المشتري إذا طلب الشفيع.(البناية) **على العلم:** هذا قول أبي يوسف رحمه الله، وعن محمد رحمه الله يحلف على البتات؛ لأن المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره، وهو ينكره، وهناك يحلف على البتات، وكذا ههنا.[الكفاية ٣١٢/٨] **فإن نكل:** أي المشتري عن اليمين.(البناية) **وثبوته بالحجة:** وهي الإقرار أو البيّنة.(البناية) **والأول:** وهو قوله: بالله ما ابتاع.[البناية ٣٧٣/١٠]

وذكرنا الاختلاف: وهو ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى، بقوله: "فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه" إلى ما قال: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب.[الكفاية ٣١٢/٨] **وهذا ظاهر رواية إلخ:** ولم يقل: هذا رواية "الأصل"؛ لأنه لم يصرح في "الأصل" هكذا، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير إحضار الثمن؛ لأنه قال: للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه، أو من ورثته إن مات.[العناية ٣١٢/٨]

وعن محمد رحمه الله: أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيعُ الثمن، وهو رواية الحسن عن (بالشفعة) أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الشفيع عساه يكون مفلساً، فيتوقف القضاء على إحضاره، حتى (الثمن) لا يُتْوى مالُ المشتري. وجهُ الظاهر: أنه **لا ثمن له عليه** قبل القضاء، ولهذا لا يُشْترط (ظاهر الرواية) (لا يهلك) تسليمُه، فكذا لا يُشْترط إحضاره. وإذا قضي له بالدار، فللمشتري أن يَحْبِسَه حتى (الثمن قبل القضاء) (الثمن) (الشفيع) يستوفي الثمن، وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله أيضاً؛ **لأنه فصل** مجتهد فيه، ووجب عليه الثمن، **فيُحْبسُ فيه**، فلو أخَّر أداءَ الثمن بعد ما قال له: ادفع الثمن إليه لا تبطل (القاضي) (الشفيع) شفعته؛ لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي. قال: وإن أحضر الشَّفيعُ البائعَ والمبيعُ (القدوري) (إلى الحاكم) في يده، فله أن يخاصمه في الشفعة؛ لأن اليد له وهي **يد مُسْتحقَّة**، ولا يسمع (البائع) القاضي البيّنة حتى يَحْضُرَ المشتري، فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على (على البائع) البائع، ويجعل العهدة عليه؛ لأن الملكَ للمشتري واليدَ للبائع، والقاضي يقضي (البائع) بهما للشفيع، فلابد من حضورهما، بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت، حيث (اليد والملك) (البائع والمشتري) لا يُعتبر حضورُ البائع؛ لأنه صار أجنبيًا؛ إذ لا يـــبقى له يدٌ ولا ملك.

لا ثمن له عليه: يعني لا ثمن للمشتري على الشفيع قبل قضاء القاضي بالشفعة للشفيع، فكيف يطلب المشتري الثمن من الشفيع قبل الوجوب، فلابد من قضاء القاضي له بالشفعة، حتى يتمكن المشتري من مطالبة الثمن عن الشفيع إلى هذا أشار في"المبسوط".(النهاية) **لأنه فصل إلخ:** يعني أن عند محمد رحمه الله لا يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن، ومع هذا لو قضي بها قبل الإحضار يفيد القضاء عنده أيضاً؛ لوقوعه في محل مجتهد فيه.[البناية ١٠/٣٧٧] **فيحبس فيه:** أي يحبس المبيع في يد المشتري، حتى يأخذ الثمن.(النهاية)
يد مستحقة: أي معتبرة كيد المالك، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن، ولو هلك في يده هلك من ماله، وإنما قال: ذلك؛ احترازاً عن يد المودع والمستعير، ومن له يد كذلك، فهو خصم من ادعى عليه.[العناية ٨/٣١٢]

وقوله: فيفسخ البيع بمشهدٍ منه إشارة إلى **علةٍ أخرى**، وهي أن البيع في حقِّ المشتري إذا كان ينفسخ لابد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه، ثم وجهُ هذا **الفسخ المذكور** أن ينفسخ **في حق الإضافة؛ لامتناع** قبض المشتري بالأخـــذ بالشفعة، وهو يُوجِبُ الفسخ، **إلا أنه يـــبقى** أصل البيع لتعذر انفساخه؛ لأن الشفعة بناء عليه، ولكنه تتحول الصفقة إليه، ويصير كأنه هو المشتري منه، **فلهذا** يرجع بالعهدة على البائع، بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه؛ لأنه تم ملكُه بالقبض، **وفي الوجه الأول**: امتنع قبضُ المشتري، وأنه يوجب الفسخ، وقد طوّلنا الكلام فيه في "كفاية المنتهي" بتوفيق الله تعالى. قال القدوري: ومن اشترى داراً لغيره، فهو الخَصْم للشَّفيع؛ لأنه هو العاقد، والأخذُ بالشُّفعة من حقوق العقد، فيتوجه عليه.

امتناع قبض المشتري

علة أخرى: يعني اشتراط حضور المشتري معلول بعلتين، إحداهما: أنه يصير مقضياً عليه في حق الملك؛ لأنه قال قبل هذا؛ لأن الملك للمشتري واليد للبائع، فلابد من حضوره، وثانيهما: أنه يصير مقضياً عليه بحق الفسخ كما ذكره ههنا، فلابد من حضوره؛ إذ القضاء على الغائب لا يجوز.[البناية ١٠/٣٧٩]

الفسخ المذكور: وهو قوله: فيفسخ البيع بمشهد منه.[الكفاية ٨/٣١٣]

في حق الإضافة: يعني يصير البيع مضافاً إلى الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى المشتري.[البناية ١٠/٣٨٠]

لامتناع: تعليل لقوله: أن ينفسخ في حق الإضافة، يعني ينتفي قبض المشتري بسبب أخذ الشفيع الدار من البائع لاستحالة، فلما انتفى قبضه وجب القول بالفسخ، لكنه لم يمكن الفسخ من الأصل؛ لئلا يتعذر الشفعة، فقيل بالانفساخ من حيث الإضافة. **إلا أنه يبقى إلخ**: أي ليس المراد أنه ينتقض البيع أصلاً؛ لأنه لو انفسخ من الأصل لم يكن للشفعة وجود؛ لأن الشفعة تقتضي سابقية وجود البيع.

فلهذا إلخ: أي فلتحول الصفقة إليه يرجع بالعهدة على البائع؛ لأنه تابع كما كان، ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري.[العناية ٨/٣١٣] **وفي الوجه الأول**: أي فيما إذا كان في يد البائع.

قال: القدوري إلا أن يسلِّمها إلى المؤكِّل؛ الوكيل لأنه لم يسبق له يدٌ ولا ملك، فيكون الخصم هو الموكل؛ وهذا لأن الوكيل **كالبائع من الموكل على ما عرف**، الوكيل فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري، المؤكل فتصير الخصومة معه، إلاَّ أنه مع ذلك قائم **مقام الموكل، فيكتفى** الموكل **بحضوره** في الخصومة قبل التسليم، وكذا إذا كان البائعُ وكيلَ الغائب، فللشَّفيع أن الوكيل يأخذها منه إذا كانت في يده؛ لأنّه عاقد، **وكذا** إذا كان البائع وصيًّا لميت **فيما يجوز بيعه**؛ لما ذكرنا. قال: القدوري وإذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها، فله خيار الرؤية، وإن من أنه العاقد وجد بها عيباً، فله أن يردّها، وإن كان المشتري شَرَط البراءة منه؛ العيب

كالبائع من الموكل: لأنه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف.(العناية) **على ما عرف:** في باب الوكالة: أن بين الوكيل والموكل بيع حكمًا.[البناية ٣٨٢/١٠] **مقام الموكل:** لكونه نائباً عنه. [العناية ٣١٤/٨] **فيكتفى بحضوره:** أي بخلاف البائع مع المشتري، فإنه لا يكتفى بحضرة البائع حتى يحضر المشتري؛ لأن البائع ليس بنائب عن المشتري، كأن هذا جواب لسؤال يرد على قوله: وهذا لأن الوكيل... الخصومة معه، وهو أن يقال: لوكان هو كالبائع والموكل كالمشتري يشترط حضورهما كما شرط ثمه، فأجاب أن الوكيل مع ذلك قائم مقام الموكل، فيكتفى بحضوره قبل التسليم إلى الموكل.[الكفاية ٣١٤/٨]

وكذا: يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي إذا كانت الورثة صغاراً.(العناية) **فيما يجوز بيعه:** قيد به؛ لأنه لا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه، إلا بما يتغابن الناس، فلا يجوز فيما لا يتغابن الناس في مثله؛ لأن ولاية الوصي نظرية، ولا نظر في الغبن الفاحش، فلا يجوز ذلك.(النهاية) ذكر في الباب الأول من شفعة "المبسوط": البائع إذا كان وصياً للميت، إلا أن الورثة كبار كلهم، وليس على الميت دين، ولم يوص بشيء يباع فيه الدار لم يجز بيع الوصي؛ لأن الملك للورثة، وهم متمكنون من النظر لأنفسهم، وإن كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصي في جميع الدار. وكذلك إن كان عليه دين، أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو استحسان، ذهب إليه أبوحنيفة رحمه الله، وفي القياس لا يجوز بيعه، إلا في نصيب الصغير خاصة، أو بقدر الدين والوصية، ثم فيما جاز بيعه كان للشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة إذا كانت في يده.[الكفاية ٣١٤/٨]

لأن الأخذ بالشفعة **بمنـــزلة الشراء**، ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال، فيثبت فيه **الخياران** كما في الشراء، ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري، ولا برؤيته؛ لأنه ليس بنائب عنه، فلا يملك إسقاطه.
(الخيار) (المشتري) (المشتري)

فصل في الاختلاف
(المشتري)

قال: وإن اختلف الشَّفيعُ والمشتري في الثمن، فالقولُ قولُ المشتري؛ لأن الشفيع
(القدوري)
يدعي استحقاقَ الـــدّار عليه عند نقد الأقل، وهو يُنكر، والقولُ قول المنكِر مع يمينه،
(المشتري)
ولا يتحالفان؛ لأن الشَّفيع إن كان يدّعي عليه **استحقاق الدار**، فالمشتري لا يدّعي
(المشتري)
عليه شيئاً **لتخيره** بين التَّركِ والأَخذ، **ولا نصّ ههنا**، فلا يتحالفان. قال: ولو أقاما
(القدوري) (الشفيع)
البينة، فالبينةُ للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: البيّنُة بيّنة
المشتري؛ لأنها أكثر إثباتاً، فصار **كبيّنة البائع، والوكيل،**
(بينة المشتري)

بمنـــزله الشراء: لأن الشفيع مع المشتري بمنزلة المشتري مع البائع ثم المشتري له أن يرد بخيار الرؤية والعيب، فكذلك للشفيع أن يرد بالخيارين على الذي أخذ منه.[البناية ١٠/٣٨٣] **الخياران:** خيار الرؤية وخيار العيب. **في الاختلاف:** لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن، وهو الأصل، شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه.[العناية ٨/٣١٥،٣١٤] **استحقاق الدار:** عند نقد أقل الثمنين.
لتخيره إلخ: إذ المدعي هوالذي لوترك ترك، والمختص بهذه الصفة هو الشفيع لا المشتري. [البناية ١٠/٣٨٥]
ولا نص ههنا إلخ: إنما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك، فوجب اليمين لذلك في الطرفين، ولم يوجد الإنكار ههنا في طرف الشفيع، فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص، فلذلك لم يجب التحالف هنا.[نتائج الأفكار ٨/٣١٥] **كبينة البائع إلخ:** أي مع المشتري، يعني لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن، وأقاما البينة كانت البينة بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة.[الكفاية ٨/٣١٥]
والوكيل إلخ: أي كبينة الوكيل مع بينة الموكل، فإن الوكيل بالشراء مع الموكل إذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البنية بينة الوكيل؛ لأنها تثبت الزيادة.[الكفاية ٨/٣١٥-٣١٦]

والمشتري **من العدو**. ولهما: أنه **لا تنافي بينهما**، فَيُجْعَل كأن الموجود **بيعان**، وللشفيع أن يأخذ بأيّهما شاء، وهذا **بخلاف البائع** مع المشتري؛ لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول، **وههنا الفسخُ** لا يظهر في حق الشفيع، وهو التخريجُ لبيّنة الوكيل؛ لأنه كالبائع **والموكل كالمشتري** منه، كيف وأنها ممنوعة على ما رُوي **عن محمد** رحمه الله؟. **وأما المشتري** من العـــدو، فقلنا: ذكر في "السير الكبير": أن البيّنةَ بينةُ المـــالك القديم، فلنا: أن نمنع،

يصح القياس

لأنها ملزمة

من العدو: أي كبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم، فإن المشتري من العدو مع المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور، وأقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو؛ لما فيها من إثبات الزيادة.[الكفاية ٣١٦/٨] **لا تنافي بينهما**: أي بين البينتين في حق الشفيع؛ لجواز تحقق البيعين مرة بألف، وأخرى بألفين على ما شهد عليه البينتان، وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكّد حقه، فجاز أن يجعلا موجودين في حقه.[العناية٣١٥/٨-٣١٦] **بيعان**: أي بأي البيعين شاء، غاية ما في الباب: أن الثاني يتضمن فسخ الأول، إلا أن الأول لم يظهر في حق الشفيع؛ لأن حقه قد تأكد، والحق للمالك لا يسقط إلا بإسقاط من له الحق، فيبقى البيع الأول في حق الشفيع.[البناية ٣٨٦/١٠]

بخلاف البائع إلخ: لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول، فالجمع بينهما غير ممكن، فيصار إلى أكثرهما اثباتاً؛ لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق.(العناية) **وههنا الفسخ**: حيث نفى ظهور الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه.[نتائج الأفكار ٣١٦/٨] **والموكل كالمشتري**: فلا يمكن توالي العقدين بينهما إلا بانفساخ الأول، فتعذر التوفيق.[العناية ٣١٦/٨] **عن محمد** رحمه الله: فإن ابن سماعة روى عن محمد رحمه الله أن البينة بينة الموكل؛ لأن الوكيل صدر منه إقراران بحسب ما يوجبه البينتان، فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء، فأما في ظاهر الرواية فقلنا: الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري، ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن.[الكفاية ٣١٦/٨]

وأما المشتري: يعني أن المشتري من العدو والمولى القديم إذا اختلفا، فقد نص في "السير الكبير" لأن البينة بينة المولى القديم، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف رحمه الله.[الكفاية ٣١٦/٨]

وبعد التسليم نقول: **لا يصح الثَّاني** هنالك إلا بفسخ الأول، أما ههنا فبخلافه، **ولأن** بينةَ الشَّفيع مُلْزمة وبينة المشتري **غير ملزمة، والبيناتُ للإلزام.** قال القدوري: وإذا ادَّعى المشتري ثمناً وادَّعى البائع أقلَّ منه و لم يقبض الثمن: أخذها الشَّفيع بما قاله البائع و كان ذلك حطًّا عن المشتري؛ وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائعُ فقد وجبت الشُّفعةُ به، وإن كان على ما قال المشتري فقد حطّ البائعُ بعضَ الثمن، وهذا الحطُّ يظهر في حق الشفيع، على ما نبين إن شاء الله تعالى، **ولأن التملُّك** تملك الشفيع على البائع بإيجابه، في هذا الباب فكان القول قوله في مقدار الثَّمن ما بَقِيت مطالبته، فيأخذ الشفيع بقوله. قال: ولو ادَّعى البائعُ الأكـــثَر **يتحالفان** ويترادّان، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر، فيأخذها الشفيع بذلك، وإن حلفا يفسخِ القاضي البيع على ما عرفٍ، سابقا

وبعد التسليم: أي وإن سلمنا أن البينة للمشتري مثل ما قال.(البناية) **لايصح الثاني إلخ:** هذه طريقة لأبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة، وحكاها محمد رحمه الله الطريقة الثانية وحكاها أبويوسف رحمه الله وهي قوله: ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة، والبينات للإلزام، بيان هذا: أنه إذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار إليه بألف شاء أو أبى، وإذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء، ولكنه يتخير إن شاء أخذ وإن شاء ترك؛ والملزم من البينتين مرجح، وبه فارق بينة البائع مع المشتري؛ لأن كل واحد من البينتين هناك ملزمة، وكذلك بينة الوكيل مع الموكل، وكل واحدة منهما ملزمة، فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة، وفي مسألة المشتري من العدو على هذه الطريقة البينة بينة المولى القديم؛ لأنها ملزمة، وبينة المشتري غير ملزمة، كذا في الباب الأول من شفعة "المبسوط".[الكفاية ٣١٧/٨]

غير ملزمة: لأنه لايلزم على الشفيع شيئًا؛ لكونه مخيراً.(البناية) **والبينات للإلزام:** يعني مشروعية البينات لإلزام الخصم، وإثبات الحق عليه.[البناية ٣٨٨/١٠] **ولأن التملك إلخ:** هذا وجه آخر، وإنما كان التملك على البائع بإيجابه؛ لأنه لو لم يقل: "بعت" لا يثبت للشفيع شيء، ألا ترى أنه لو أقر بالبيع وأنكر المشتري ثبت له حق الأخذ.[العناية ٣١٧/٨] **يتحالفان:** البائع والمشتري بالحديث المعروف.[البناية ٣٨٩/١٠]

ويأخذها الشفيع بقول البائع؛ **لأن فسخَ البيع** لا يُوجِب بطلانَ حق الشفيع.

قال القدوري: وإن كان البائع قَبَضَ الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء، ولم يُلْتفَتْ إلى قول البائع؛ لأنه لما استوفى الثمنَ انتهى حكمُ العقد، وخرج هو من البين، وصار هو كالأجنبي، وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع، **وقد بيَّناه**. ولوكان نقد الثمن **غير ظاهر**، فقال البائع: بعتُ الدَّار بألف، وقبضتُ الثمنَ، يأخذها الشَّفيعُ بألف؛ لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع، **تعلَّقت الشُّفعة به**، فبقوله بعد ذلك: قبضت الثمن يريد إسقاطَ حقِّ الشفيع، فيرد عليه، ولو قال عن نفسه: قبضتُ الثمن، وهو ألف هذا القول **لم يُلْتفَت إلى قوله**؛ لأن بالأول- وهو الإقرار بقبض الثمن-خرج من البين، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن.

لأن فسخ البيع [كما لو رد عليه بعيب بقضاء قاضٍ] **إلخ**: يعني أن الفسخ وإن كان بالقضاء لا يظهر في حق الشفيع؛ لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين لا مبطلاً لحقوقهم، ولأن الفسخ مقرر لحق الشفيع لا رافع، ولهذا ينفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري بالأخذ بالشفعة.[الكفاية ٣١٧/٨] **وقد بيَّناه**: أي بيَّنا الحكم فيما مضى، وهو: أن القول قول المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن.(البناية) **غير ظاهر**: ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري، أي غير معلوم للشفيع.[البناية ٣٩١/١٠]

تعلقت الشفعة به: [أي بالإقرار بالبيع بذلك المقدار.(البناية)] لأنه أخبر عن الثمن في حال له ولاية البيان، فبنى الحكم عليه، ثم بقوله: قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع في الأخذ بما قاله، فيرد عليه، بخلاف ما إذا أقر باستيفاء الثمن أولاً؛ لأنه بذلك خرج من البين، فلم يقبل بيانه، وقد خرج من البين.[الكفاية ٣١٧/٨-٣١٨] **لم يلتفت**: ويأخذها بما قال المشتري. (البناية) **إلى قوله**: وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن المبيع إذا كان في يد البائع، فأقر بقبض الثمن، وزعم أنه ألف، فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع، فيرجع إلى قوله وهو ظاهر.[العناية ٣١٧/٨]

فصلٌ فيما يُؤخَذُ به المشفوع

قال القدوري: وإذا حطَّ البائعُ عن المشتري **بعضَ الثَّمن** يسقط ذلك عن الشَّفيع، وإن حطَّ جميعَ الثمن لم يسقط عن الشَّفيع؛ لأنَّ حط البعض يلتحق بأصل العقد، فيظهر في حقِّ الشفيع؛ لأن الثَّمن ما بقي، وكذا إذا حطَّ بعد ما أخذها الشَّفيع بالثمن يُحطُّ عن الشفيع، حتى يرجع عليه **بذلك القدر**، بخلاف **حط الكل؛ لأنه لا يلتحق** بأصل العقد بحال، وقد بيَّناه **في البيوع**. **وإن زاد** المشتري للبائع لم تَلزَم الزيادة في حقِّ الشَّفيع؛ لأن في اعتبار الزيادة ضررًا بالشفيع؛ لاستحقاقه الأخذ بما دونها، بخلاف الحطِّ؛ لأن فيه منفعة له، **ونظيرُ الزِّيادة** إذا جُدِّد العقد بأكثر من الثمن الأول، لم يَلْزَم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول؛ **لما بيَّنَّا كذا هذا**.

فصل إلخ: لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل؛ لأنه المقصود من حق الشفعة، شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع، وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع؛ لأن الثمن تابع.[العناية ٣١٨/٨] **بعض الثمن**: حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المرابحة دون الشفعة؛ لأن في المرابحة ليس في التزام الزيادة حق إبطال حق مستحق، بخلاف الشفعة، فإن في الزيادة فيها إبطال حق ثبت للشفيع بأقل منها.[العناية ٣١٨/٨] **بذلك القدر**: إن كان الشفيع أوفاه الثمن. **حط الكل**: فيجب الشفعة بكل الثمن.

لأنه لا يلتحق إلخ: وذلك لأن حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد، فإما أن يصير العقد هبة، ولا شفعة للشفيع في الهبة، أو يصير بيعاً بلا ثمن، فيكون فاسداً، ولا شفعة في البيع الفاسد، فيؤدي إلى إبطال حق الشفيع.[الكفاية ٣١٨/٨] **في البيوع**: أي في فصل من اشترى شيئاً مما ينقل قبل الربا.(البناية) **وإن زاد إلخ**: هذا لفظ القدوري في "مختصره".(البناية) **ونظيرالزيادة إلخ**: أراد أن هذه نظير ما إذا زاد في الثمن بعد تحديد العقد.(البناية) **لما بينا**: إلا أن في الزيادة ضررًا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها.(البناية) **كذا هذا**: أي كذا حكم ما إذا أراد المشتري بدون تحديد العقد. [البناية ٣٩٣/١٠]

قال القدوري: ومن اشترى دارًا **بعرضٍ** أخذها الشَّفيع **بقيمته**؛ لأنه من ذوات القيم، وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله؛ لأنهما من ذوات الأمثال؛ وهذا لأن الشرع أثبت للشَّفيع ولاية التملّك على المشتري بمثل ما تملّكه، فيُراعى **بالقدر الممكن كما في الإتلاف**، والعددي المتقارب كالجوز والبيض من ذوات الأمثال. **وإن باع** عقاراً بعقار، أخذ الشفيعُ كلَّ واحد منهما بقيمة الآخر؛ لأنه بدلهُ، وهو من ذواتِ القِيَم فيأخذه بقيمته. قال القدوري: وإذا باع بثمن مؤجَّل: **فللشفِيع الخيارُ** إن شاءَ أخذها بثمنٍ حال، وإن شاءَ صبر، حتى ينقضي الأجلُ، ثم يأخذها، وليس له أن يأخذها في الحال بثمنٍ مؤجَّل. وقال زفر رحمه الله: له ذلك، وهو **قول الشافعي** رحمه الله في القديم؛

بعرض: والمراد منه المتاع القيمي كالعبد مثلاً.(البناية) **بقيمته**: أي بقيمة العرض عندنا، وقال أهل المدينة: يأخذها بقيمة الدار؛ دفعاً للضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه إليه، ولنا: أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري، والمثل نوعان: كامل : وهو المثل صورة ومعنى، وقاصرٍ: وهو المثل معنى، فإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله؛ لقدرته على المثل الكامل؛ لأنهما من ذوات الأمثال، وإن اشتراها بعرض أخذها بقيمة العرض؛ لعجزه عن المثل الكامل؛ لأنه من ذوات القيم، ولئن كان بيع الشيء بالقيمة فهو في مال البقاء، فصار كما لو استحق أحد العبدين، ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء لا وقت الأخذ بالقيمة.[الكفاية ٨/٣١٨،٣١٩]

بالقدر الممكن: فإن كان له مثل صورة تملكه به، وإلا فالأمثل من حيث المالية، وهو القيمة.(البناية)

كما في الإتلاف إلخ: أي كما إذا أتلف متاع آخر، فإنه يجب عليه مثله إن كان من ذوات الأمثال، وإلا فقيمته.(البناية) **وإن باع إلخ**: هذا أيضاً من مسائل "القدوري".[البناية ١٠/٣٩٥]

فللشفيع الخيار إلخ: وفي "الذخيرة": هذا إذا كان الأجل معلوماً، فأما إذا كان مجهولاً نحو: الحصاد والدياس وأشباه ذلك، فقال الشفيع: أنا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك؛ لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد، وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد.[الكفاية ٨/٣١٩] **قول الشافعي إلخ**: وقوله الصحيح كقولنا كما قد ذكرناه في "شرح الأقطع".[البناية ١٠/٣٩٥]

لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به، فيأخذه بأصله ووصفه (الثمن) **كما في الزيوف**. ولنا: أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع، **وليس الرضا به** في حق المشتري رضًا به في حق الشَّفيع؛ لتِفَاوُتِ النَّاس في (الأجل) الملاءة، **وليس الأجلُ** وصَف الثمن؛ لأنه حق المشتري، ولو كان وصفًا له لتبعه، فيكون (الأجل) (الثمن) (الأجل) حقاً للبائع كالثمن، وصار كما إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل، ثم ولاه غيره، لا يثبت (باعه تولية) الأجلُ إلا بالذِّكر، **كذا هذا**، ثم إن أخذها بثمن حالٍّ من البائع سقط الثمنُ (في حقه) (أي بالإشتراط) عن المشترى؛ **لما بيَّنَّا** من قبل، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان؛ لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع، فبقي مُوجبُه، فصار كما إذا باعه بثمن حال، **وقد اشتراه مؤجلاً**، وإن اختار (الشفيع) (الرجوع) الانتظار له ذلك؛ لأن له أن لا يلتزم **زيادة الضرر** من حيث النقدية. وقوله في (إلى انقضاء الأجل) "الكتاب": وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل، مرادُه الصبر عن الأخذ، (القدوري)

كما في الزيوف: أي كما لو اشتراها بألف زيوف، فإنه يأخذها بالزيوف.(البناية) **وليس الرضا به**: دليل آخر، وتقريره: لابد في الشفعة من الرضا؛ لكونها مبادلة، ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل؛ لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع؛ لتفاوت الناس في الملاءة.[العناية ٣١٩/٨] **وليس الأجل**: جواب عن قول زفر رحمه الله، ووجهه: أن وصف الشيء يتبعه لامحالة، وهذا ليس كذلك.[البناية ٣٩٦/١٠]

كذا هذا: أي ما نحن فيه لا يثبت الأجل فيه.(البناية) **لما بينا إلخ**: أي في أواخر باب طلب الشفعة، وهو: أن البيع انفسخ في حق المشتري، وقام الشفيع مقام المشتري في حق المشتري في حق إضافة العقد إليه، وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشتري.[الكفاية ٣٢٠/٨] **وقد اشتراه مؤجلاً**: البائع الأول يرجع على الثاني بالثمن المؤجل. **زيادة الضرر**: وفي إلزام الشفيع في النقد زيادة ضرر فلا يجوز. [البناية ٣٩٨/١٠]

أما الطلب عليه في الحال، حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبي حنيفة (الطلب) ومحمد رحمهما الله، **خلافاً لقول أبي يوسف** رحمه الله الآخر؛ لأن حقَّ الشفعة إنما يثبت بالبيع، (دليل للطرفين) (عند العلم به) والأخذُ يتراخى عن الطلب، وهو متمكِّن من الأخذ في الحال بأن يُؤديَ الثمنَ (بالشفعة) حالاً، فيشترط الطلب عند العلم بالبيع. قال: (القدوري) **وإن اشترى ذمِّي** بخمرٍ أو خنـــزيرٍ داراً، وشفيعها ذمِّي أخذها بمثل الخمرِ وقيمةِ الخنـــزير؛ لأن هذا البيع مقضي (محكوم) بالصِّحة فيما بينهم، وحقُّ الشُّفعة يعمّ المسلم والـــذمِّي، والخمر لهم كالخلّ لنا، (لعموم النصوص) والخنـــزير كالشاة، فيأخذ في الأول بالمثل والثاني بالقيمة. قال: (القدوري) وإن كان شفيعها (الشفيع) مسلماً أخذها بقيمة الخمرِ والخنـــزير، **أمَّا الخنـــزير** فظاهر، وكذا الخمر **لامتناع التسليم** والتسلُّم في حق المسلم، فالتحق بغير المثلي، (الخمر)

خلافاً لقول أبي يوسف: احترز بقوله في قوله الآخر عن قوله الأول، روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف رحمه الله كان يقول أولاً كقولهما ثم رجع، وقال: له أن يأخذها عند حلول الأجل وإن لم يطلب في الحال؛ لأنه لا يتمكن من الأخذ في الحال، وفائدة الطلب التمكن منه، فيؤخر الطلب إلى وقت حلول الأجل.[البناية ٣٩٨/١٠]

وإن اشترى ذمي [من ذمي داراً، أو بيعة، أو كنيسة]: قوله: ذمي احتراز عن المسلم، فإن شراء المسلم بما ذكر فاسد لا شفعة فيه، وقوله: بخمر أو خنـــزير احتراز عما إذا اشترى الذمي بميتة أو دم، فإن الشراء بهما باطل لا شفعة فيه، أو عن الشراء بما هو متقوم عند الكل، فإن الحكم لا يختلف فيه بين المسلم والذمي. وقوله: وشفيعها ذمي احترز به عن المرتد، فإن المرتد لا شفعة له، سواء قتل في ردته، أو مات، أو لحق بدار الحرب، ولا لورثته؛ لأن الشفعة لا تورث، وأما الحربي المستأمن في وجوب الشفعة له وعليه في دار الإسلام سواء بمنـــزلة الذمي؛ لأنه من جملة المعاملات، وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه في دارنا، فيكون بمنـــزلة الذمي في ذلك.[الكفاية ٣٢١/٨-٣٢٢]

أما الخنـــزير إلخ: لأنه من ذوات القيم، ووجوب القيمة من ذوات القيم أمر ظاهرٌ.[البناية ٤٠٠/١٠]

لامتناع التسليم إلخ: لأن المسلم لا يجوز أن يضمن تسليم الخمر في ذمته.(البناية)

وإن كان شفيعها مسلماً وذميًّا أخذ المسلمُ نصفَها بنصف قيمة الخمر، والذمِّيُّ نصفها بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعض بالكل، فلو **أسلمَ الذمِّيُّ** أخذها بنصف قيمة الخمر؛ لعجزه عن تمليك الخمر، **وبالإسلام** يتأكد حقُّه لا أن يبطل، فصار كما إذا اشتراها بإسلام الشفيع حقه الدار بكُرٍّ من رطب، فحضر الشفيع بعد انقطاعه: يأخذها بقيمة الرطب، **كذا هذا**.
عن السوق وإن كان مثليا

فصل

قال: وإذا بنى المشتري، أو غرس، ثم قضي للشفيع بالشفعة، فهو بالخيار إن شاء **أخذها بالثمن**، وقيمة البناءِ والغرسِ، وإن شاء كلَّف المشتري قَلْعَهُ، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يُكَلَّف القلع، ويخيَّر بين أن يأخذ بالثمن، وقيمةِ البناء والغرس، وبين أن يترك، وبه قال الشافعي رحمه الله، إلا أن عنده له أن يقلع، **ويعطي قيمة البناء**. لأبي يوسف رحمه الله: أنه مُحِقٌّ في البناء؛ لأنه بناه على أن الدَّار ملكه،
القدوري الشافعي والمحق لا يكلف القلع

أسلمَ الذميُّ: بعد ثبوت حق الشفعة له. **وبالإسلام**: لأن الإسلام سبب لتأكد حقه.[البناية ٤٠١/١٠]

كذا هذا: أي ما نحن فيه حيث يأخذ بنصف قيمة الخمر.(البناية) **فصل**: الأصل في المشفوع: عدم التغير، والتغير بالزيادة أو النقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض، فكان جديراً بالتأخير في فصل على حدة.[العناية ٣٢٢/٨]

أخذها بالثمن: الذي اشتراه به المشتري.

ويعطي قيمة البناء[أي نقصان البناء الذي حصل بالقلع]: أي يضمن أرش النقصان والبناء للمشتري، فالحاصل: أن عند أبي يوسف رحمه الله إن شاء أخذه بقيمة البناء والغرس قائمين على الأرض غير مقلوعين، وإن شاء ترك، وعند الشافعي رحمه الله: له خيارات ثلاث: اثنان ما قاله أبو يوسف رحمه الله، والآخر: أن له أن يقلع البناء، ويضمن أرش النقصان، والتفاوت بين قول الشافعي رحمه الله وقولهما في الأمر بالقلع، أن عنده يضمن نقصان القلع، وعندهما لا يضمن نقصانه، وذكر في التنبيه لأصحاب الشافعي رحمه الله: أن للشفيع أن يقلع، والمقلوع للمشتري، ويضمن الشفيع أرش القلع.[الكفاية ٣٢٢/٨]

والتكليف بالقلع من **أحكام العدوان، وصار كالموهوب له** والمشتري شراء فاسداً، وكما إذا زرع المشتري، فإنه لا يكلف القلع؛ **وهذا** لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة **دفع أعلى الضررين** بتحمل الأدنى، فيصار إليه. ووجه ظاهر الرواية: أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحقُّ، فَيُنْقَض كالراهن إذا بنى في المرهون؛ وهذا **لأنَّ حقه أقوى** من حق المشتري؛ لأنه يتقدم عليه، ولهذا يُنْقضُ بيعه وهبتُه وغيره من تصرفاته، **بخلاف الهبة** والشِّراء الفاسد عند أبي حنيفة رحمه الله؛

المشتري — المشتري — البناء والغرس — ينقض بناء المرتهن — المرتهن — الشفيع — النقض

أحكام العدوان: أي الظلم؛ لأنه غير متعد في الغرس والبناء؛ لأنه فعل في ملكه. [البناية ١٠/٤٠٣]

وصار كالموهوب له إلخ: يعني أن الموهوب له إذا بنى في الأرض الموهوبة ليس للواهب أن يقلع بناءه، ويرجع في الأرض؛ لأنه بناه في ملكه، وكذلك المشتري شراء فاسداً عند أبي حنيفة رحمه الله، وكما إذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع، فإنه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع.[الكفاية ٨/٣٢٢] **وهذا:** أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس.[البناية ١٠/٤٠٤]

دفع أعلى الضررين [وهو ضرر المشتري، وهو القلع من غير عوض يقابله] **إلخ:** بيانه: أنه اجتمع ههنا ضرران؛ لأنه في تكليف المشتري القلع ضرر لا جابر له، ولو أوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الأخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن، إلا أن له جابراً؛ لأنه يدخل في مقابلته في ملكه عوض، وهو البناء، والضرر ببدل أهون من الضرر بغير بدل، فيصار إليه.[الكفاية ٨/٣٢٣] **حق متأكد للغير:** أي حق لا يتمكن أحد من إبطاله بدون رضاه.[البناية ١٠/٤٠٤] **من غير تسليط إلخ:** احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد، فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع.[العناية ٨/٣٢٣]

لأن حقه أقوى إلخ: فلا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر؛ لأن الترجيح إنما يصار إليه عند التساوي. **بخلاف** [أي بخلاف بناء الموهوب له، والمشتري بالشراء الفاسد] **الهبة إلخ:** متصل بقوله: من غير تسليط من جهـــة من له الحق فينقض، وإنما قيد بقوله: "عند أبي حنيفة رحمه الله"؛ لأن عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بنى المشتري في المشترى، إنما هو قوله، وأما عندهما: فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية.[العناية ٨/٣٢٣]

لأنه حصل بتسليطٍ من جهة مَنْ له الحق، ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف، (فلا ينقض) (الهبة والبيع الفاسد) **ولهذا لا يبقى** بعد البناء، وهـــذا الحق يبقى، **فلا معنى** لإيجابِ القيمةِ كما في (حق الشفعة) الاستحقاق، **والزرعُ** يُقْلَعُ قياساً، وإنما لا يقلع استحساناً؛ لأن له نهايةً (يقلع المستحق) معلومةً، ويبقى بالأجر، وليس فيه كثير ضرر، **وإن أخذه** بالقيمة يُعتبر قيمته (عدم قلعه) (بالتأخير) مقلوعاً كما بيَّناه **في الغصب**. ولو أخذها الشَّفيع، فبنى فيها أو غرس، ثم (لفظ القدوري) (مستحق القلع) استحقت رَجَع **بالثمن**؛ لأنه تبين أنه أخذه **بغير حق**، ولا يرجع بقيمة البناء (الثمن) (بما نقص القلع) والغرس لا على البائع إن أخـــذها منه، ولا على المشتري إن أخـــذها منه، وعن أبي يوسف رحمه الله: **أنه يرجع**؛

ولهذا لا يبقى إلخ: قيل فيه نظر؛ لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد، إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة رحمه الله، فالاستدلال به لا يصح، والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية، أو لأنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما.(العناية) **فلا معنى إلخ**: راجع إلى أول الكلام، يعني: إذا ثبت التكليف بالفعل فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع؛ لأن الشفيع بمنـــزلة المستحق، والمشتري إذا بنى أو غرس ثم استحق، رجع المشتري بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق، فكذالك ههنا.[العناية ٣٢٤/٨]

والزرع إلخ: جواب عن قوله: وكما إذا زرع المشتري، أي القياس يقتضي أن الزرع أيضًا يقلع؛ لأنه يشغل ملك الغير.[البناية ٤٠٦/١٠] **وإن أخذه إلخ**: معطوف على مقدر دل عليه التخيير، وتقريره: الشفيع بالخيار، إن شاء كلف القلع وإن شاء أخذه بالقيمة، فإن كلفه فذاك، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً.(العناية) **في الغصب**: يعني أن الغاصب إذا بنى أو غرس في المغصوبة، يؤمر بقلع البناء والغرس، فإن كانت الأرض تنقص بقلع البناء والغرس، للمالك أن يضمن قيمتها مقلوعين للغاصب.[البناية ٤٠٧/١٠] **بالثمن إلخ**: لا غير أخذه من البائع أو المشتري.[العناية ٣٢٥/٨] **بغير حق**: لأن الأرض لم تكن في ملكه. **أنه يرجع**: بقيمة البناء والغرس أيضاً.[البناية ٤٠٨/١٠]

لأنه متملك عليه، فنـــزلا منـــزلة البائع والمشتري. والفرق على ما هو المشهور: أن (من الرواية) المشتري مغرور من جهة البائع، ومسلّط عليه من جهته، ولا غُرور ولا تسليط في حق (على البناء والغرس) الشفيع من المشتري؛ لأنه مجبور عليه. قال: (القدوري) وإذا انهدمت الدار، أو احترق بناؤها، أو جف شجر البستان **بغير فعل أحد**: (بآفة سماوية) فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن؛ لأن البناء والغرس تابع، حتى دخلا في البيع من غير ذكر، **فلا يقابلهما** شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً، ولهذا جاز بيعها مرابحةً بكل الثمن في هذه الصورة، بخلاف ما إذا (الأرض من غير بيان) غرق نصفُ الأرضِ حيث يأخذ (الشفيع) الباقي بحصته؛ لأن الفائت بعض الأصل. قال: (القدوري) وإن شاء ترك؛ لأن (الشفيع) له أن يمتنعَ عن تملّك الدار بماله. قال: (القدوري) وإن نقض المشتري البناءَ قيل للشفيع: إن شئت فَخُذ العرصة **بحصتها**، وإن شئت فدع؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف، فيقابله شيء من الثمن، بخلاف الأول؛ لأن الهلاك بآفةٍ سماوية،

لأنه متملك عليه إلخ: أي لأن الشفيع متملك على من أخذ منه، فينـــزل الشفيع، ومن أخذ منه منـــزلة البائع والمشتري إذا بنى واستحقت، فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع، ووجه المشهور: أن حق الرجوع بقيمة البناء إنما يثبت لرفع الغرور، والبائع التـــزم السلامة للمشتري عن الاستحقاق، فصار المشتري مغروراً من جهة البائع، ولا غرور في حق الشفيع؛ لأنه يملك على صاحب اليد جبراً بغير اختيار منه فلا يرجع.[الكفاية ٣٢٥/٨] **بغير فعل أحد**: قيد بقوله: من غير فعل أحد؛ لأنه إذا هدمها المشتري، فإنه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنيًا، وعلى قيمة الأرض، فما أصاب الأرض يأخذها الشفيع بذلك، وكذلك نزع باباً من الدار فباعه، هكذا ذكر الكرخي في "مختصره".[البناية ٤٠٩/١٠]

فلا يقابلهما: أي لا يقابل البناء والغرس، وفي بعض النسخ: فلا يقابله، أي كل واحد منهما، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول، وأحمد رحمه الله في رواية، وهو رواية المزني وهو الأصح.[البناية ٤١٩/١٠] **بحصتها إلخ**: يقسم الثمن على قيمة الأرض، وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الأرض بحصتها من الثمن.[الكفاية ٣٢٦/٨]

وليس للشفيع أن يأخذ النقض؛ لأنه **صار مفصولاً** فلم يسبق تبعاً. قال: ومن ابتاع (القدوري) أرضاً وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها، ومعناه: إذا ذكر الثمر في البيع؛ لأنه (قول القدوري) لا يدخل من غير ذكر، وهذا الذي ذكره استحسان، وفي القياس: **لا يأخذه**؛ لأنه (في البيع) ليس بِتَبْعٍ، ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر، **فأشبه المتاعَ** في الدار، وجهُ الاستحسان: أنه باعتبار الاتصال صار تبعًا للعقار كالبناء في الدار، وما كان **مُركّباً فيه**، فيأخذه الشفيع. قال: وكذلك إن ابتاعها، وليس في النخيل ثمر، **فأثمر في يد** (المصنف) (الأرض) **المشتري**، يعني: يأخذه الشفيع؛ لأنه مبيع تبعاً؛ لأن البيع سرى إليه على ما عرف **في ولد المبيعة**. قال: فإن جذّه المشتري، ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر **في الفصلين جميعاً**؛ (المصنف) (الثمر) لأنه لم يسبق تبعاً للعقار وقتَ الأخذ حيث صار مفصولاً عنه فلا يأخذه.

صار مفصولاً: أي صار مما يحول وينقل، ومثل ذلك لا يتعلق به الشفعة.(البناية) **لا يأخذه**: وبه قال أحمد والشافعي فهو للمشتري، فيبقى في الجذاذ كالزرع، وكذا الثمرة المحدثة في يد المشتري كان له، ويبقى إلى الجذاذ عندهما، وقول مالك كقولنا.[البناية ٤١٢/١٠] **فأشبه المتاع**: أي فأشبه المتاع الموضوع في الدار المبيعة، فإنه لا يدخل في البيع من غير ذكر؛ لأنه ليس بتبع، فكذا هذا.[البناية ٤١٣/١٠]

مركباً فيه: كالأبواب والمفاتيح والأغلاق والسلم المركبة.(الكفاية) **فأثمر في يد إلخ**: قيد بقوله: في يد المشتري؛ لأنه إذا أثمر في يد البائع قبل القبض، ثم قبضه المشتري، له حصة من الثمن كما إذا كان موجوداً في وقت الشراء.(الكفاية) **في ولد المبيع**: فإن الجارية المبيعة إذا ولدت ولداً قبل قبض المشتري يسري حكم البيع إلى الولد، حتى يكون الولد أيضًا ملك المشتري كأمه.[الكفاية ٣٢٧/٨]

في الفصلين جميعاً إلخ: أي في فصل ما إذا كان في النخيل ثمر حين وقع الشراء، ثم جذّه المشتري، وفي فصل ما إذا لم يكن على النخيل ثمر ووقع الشراء على الأرض والنخيل، فأثمر في يد المشتري، ثم جذه المشتري لا يأخذ الشفيع الثمر في الفصلين.[الكفاية ٣٢٦/٨]

قال في "الكتاب"(مختصر القدوري): وإن جذّه المشتري سقط عن الشفيع حِصّتهُ قال رضي الله عنه: وهذا جواب **الفصل الأول**؛ لأنه(الثمر) دخل في البيع مقصوداً، فيقابله شيء من الثمن. **أما في الفصل الثاني**: يأخذ ما سوى الثَّمر بجميع الثمن؛ لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد، **فلا يكون مبيعاً** إلا تبعاً، فلا يقابله شيء من الثمن، والله أعلم.

الفصل الأول: وهو ما إذا ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمر.(الكفاية) **الفصل الثاني**: وهو ما إذا ابتاعها وليس في النخيل ثمراً، ثم أثمر في يد المشتري فأخذه.[البناية ١٠/٤١٤] **فلا يكون مبيعاً إلخ**: وهذا جواب ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمه الله: في قوله الأول: يأخذها بحصتها من الثمن في الفصل الثاني، وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله: يرفع حصته من الثمن في جميع الصور.[البناية ١٠/٤١٤]

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال القدوري: الشُّفعة واجبة ثابتة في العقار، وإن كان مما لا يُقْسَم، وقال الشافعي رحمه الله: لا شفعة فيما لا يُقسَم؛ لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة، وهذا لا يتحقق فيما لا يُقسَم، ولنا: قوله عليه السلام: "الشُّفعة في كل شيء عَقار، أو رَبْع"* إلى غير ذلك من العمومات، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك، والحكمةُ دفعُ ضرر سوء الجوار على ما مر، وأنه ينتظم القسمين ما يُقسَم وما لا يُقسَم وهو الحمام، والرحى، والبئر، والطريق.

قال القدوري: ولا شفعة في العروض والسفن؛ لقوله عليه السلام: "لا شفعة إلا في ربع أو حائط"،**

باب ما تجب إلخ: ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملاً؛ لأن التفصيل بعد الإجمال كذا في الشروح. [نتائج الأفكار ٨/٣٢٧،٣٢٦] **في العقار إلخ:** وهو كل ما له أصل من دار أو ضيعة، والربع الدار حيث كانت في المصر أو القرى.(الكفاية) **مما لا يقسم إلخ:** أي لا يحتمل القسمة، أي لو قسم قسمة حسيةً لا ينتفع بها كالحمام والرحى أي بيت الرحى مع الرحى.[الكفاية ٨/٣٢٧]

وقال الشافعي إلخ: والخلاف بيننا وبينه راجع إلى أصل، وهو: أن من أصل الشافعي رحمه الله أن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة، وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة، وعندنا لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأبيد والقرار.(الكفاية) **على ما مر:** في أوائل كتاب الشفعة.[البناية ١٠/٤١٧] **والرحى:** والمراد به بيت الرحى؛ لأن الرحى اسم للحجر.(البناية) **أو حائط:** في "المغرب": الحائط البستان، وأصله ما أحاط به.[الكفاية ٨/٣٢٧]

*روى إسحاق بن راهويه في "مسنده" أخبرنا الفضل بن موسى ثنا أبوحمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ قال: "الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء".[نصب الراية ٤/١٧٧]

**رواه البزار في "مسنده" حدثنا عمرو بن علي ثنا أبو عاصم ثنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: "لا شفعة إلا في ربع أو حائط، ولا ينبغي له أن يبيع حتى يستأمر صاحبه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك.[نصب الراية ٤/١٧٨]

وهو حجة على مالك رحمه الله في إيجابها في السُّفن، ولأن الشُّفعة إنما وجبت لدفع (الحديث) ضرر سوء الجوار على الدوام، والملك في المنقول **لا يدوم حسبَ** دوامه في العقار، فلا يلحق به، وفي بعض نسخ "المختصر" (مختصر القدوري): ولا شفعة في البناء والنخل إذا (المنقول) بِيعت دون **العَرْصة**، وهو صحيح مذكور في "الأصل" (المبسوط)؛ لأنه لا قرار له، فكان نقلياً، (للبناء أو النخيل) وهذا **بخـــلاف العلو**، حيث يُستحق بالشفعة، ويستحق به الشفعة في السفل **إذا لم يكن طـــريق** العلـــو فيه؛ لأنه بما لـــه من حق القرار (السفلى) التحق بالعقار. قال: والمسلم والذميّ في الشُّفعة **سواء**؛ للعُمومَات، ولأنَّهما يستويان في السبب والحكمة، فيستويان (دفع ضرر الجوار) في الاستحقاق، ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى، **والصَّغير والكبير**، والباغي والعادل،

لا يدوم حسب إلخ: لأن المنقول يشترى ويباع عادة على حسب الحاجة، ولا كذلك العقار.

العرصة: وهو كل بقعة من الدار واسعة ليس فيها بناء.(البناية) **بخلاف العلو إلخ:** يتعلق بقوله: "ولا شفعة في البناء"، والعلو مجرد بناء، فكان ينبغي أن لا يكون فيه شفعة، إلا أنه التحق بالعقار.[الكفاية ٣٢٨،٣٢٧/٨]

إذا لم يكن طريق إلخ: هذا لبيان أن استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة، وليس هو لنفي الشفعة إذا كان له طريق في السفلى، بل إذا كان له طريق في السفل كان استحقاق صاحب العلو الشفعة في السفل بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار حتى أنه يكون مقدماً على الجار كما لو باع العلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل، صار صاحب الدار التي فيها الطريق أولى من صاحب الدار التي عليها العلو؛ لما مر أن الشريك في الطريق مقدم على الجار.[الكفاية ٣٢٨/٨]

سواء إلخ: وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة للذمي؛ لأن الأخذ بالشفعة رفق شرعي، فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة، وهو الكافر، ولكن نأخذ بما قضى به شريح رحمه الله، وقد تأيد ذلك بإمضاء عمر رضي الله عنه.[الكفاية ٣٢٨/٨]

والصغير والكبير: أي سواء، وهذا عندنا، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة للصغير؛ لأن وجوبها لدفع ضرر التأذي لسوء المجاورة، وذلك عن الكبار دون الصغار، ولأن الصغير في الجوار تبع، فهو في معنى المستعير والمستأجر. ولكنا نقول: سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير، وهو الشركة أو الجوار ثم هو محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه، وإن لم يكن محتاجاً إلى ذلك في الحال، وكذلك تثبت الشفعة عندنا للجنين أيضًا.[الكفاية ٣٢٨/٨]

والحر والعبد **إذا كان مأذوناً**، أو مكاتباً. قال: وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشُّفعة؛ لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملّك بمثل ما تملّك به المشتري **صورة أو قيمة على ما مر**. قال: ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها، أو يخالع المرأة بها، أو يستأجر بها داراً **أو غيرها، أو يصالح بها** عن دم عمد، **أو يعتق عليها عبداً**؛ لأن الشُّفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال؛ **لما بيّنا**، وهذه الأعواض ليست بأموال، فإيجابُ الشُّفعة فيها **خلافُ المشروع** وقلب الموضوع، وعند الشافعي رحمه الله: تجب فيها الشُّفعة؛ لأن هذه الأعواض **متقومة عنده**، فأمكن الأخذ **بقيمتها** إن تعذر بمثلها كما في البيع **بالعرض**، بخلاف الهبة؛ لأنه لا عوض فيها رأساً،

إذا كان مأذوناً إلخ: وهذا إذا كان بائع الدار غير المولى، فالمسألة مجري على عمومها، أما إذا كان البائع مولى العبد والعبد شفيعها، فللعبد الشفعة إذا كان عليه دين، وإلا فلا، وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها، فإن لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى؛ لأن بيع العبد وقع له، وإن كان عليه دين فله الشفعة؛ لأن بيعه كان لغرمائه.[الكفاية ٣٢٨/٨] **صورة:** كالمكيل والموزون والقدر المتفاوت.[البناية ٤٢٣/١٠]

أو قيمة: أي فيما لا مثل له وهو الذي يتفاوت آحاده.(البناية) **على ما مر:** أي في فصل ما يؤخذ به المشفوع في قوله: ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته.[الكفاية ٣٢٩/٨] **أو غيرها إلخ:** أو يستأجر بها غير الدار بأن جعلها أجرة عبد أو حانوت أو رحى.[البناية ٤٢٣/١٠، ٤٢٤] **يصالح بها:** أي جعلت بدلاً في الصلح. **يعتق عليها عبداً:** بأن قال لعبده: أعتقتك على هذه الدار.[البناية ٤٢٤/١٠]

لما بينا: أي قوله: لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع إلخ.(البناية) **خلاف المشروع إلخ:** لأن الشفيع لا يقدر على تمليك هذه الأشياء للمشتري، حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به.[العناية ٣٢٩/٨]

متقومة عنده إلخ: إذ التقويم حكم شرعي، شرع لجعل هذه الأشياء مضمونة لهذه الأعواض، وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء، وكذا المنافع عنده متقومة كالأعيان.[البناية ٣٢٥/١٠، ٣٢٤] **بقيمتها إلخ:** وهو مهر المثل، وأجر المثل في التزوج والخلع والإجارة وقيمة الدار، والعبد في الصلح والإعتاق.[العناية ٣٢٩/٨] **بالعرض:** فإنه يأخذ الشفيع بقيمة العرض لتعذر المثل.[البناية ٤٢٥/١٠]

وقوله يتأتي فيما إذا جعل شقصاً من دار مهراً، **أو ما يضاهيه**؛ لأنه لا شفعة عنده (الشافعي) إلا فيه. **ونحن نقول: إن تقوَّمَ** منافع البُضْع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة (الشافعي يتحقق) (الشركة) ضروري، فلا يظهر في حقِّ الشفعة، **وكذا الدم والعتق** غير متقوَّم؛ **لأن القيمة ما** يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب، **ولا يتحقق فيهما**. وعلى هذا إذا تزوجها بغير (وهو المالية) (لا شفعة فيه) مهرٍ ثم فرض لها الدار مهرًا؛ لأنه بمنـــزلة المفروض في العقد في كونه مقابلًا بالبُضْع؛ **بخلاف ما إذا** باعها بمهر المثل، أو بالمسمى؛ لأنه مبادلةُ مال بمـــال، (الدار)

أو ما يضاهيه: أي أوجعل ما يضاهي المهر أي يشابهه بأن جعل شقصاً من الدار بدل الخلع أو الأجرة، أو بدل الصلح أو بدل العتق. [البناية ١٠/٤٢٥] **ونحن نقول:** جواب عن جعل هذه الأعواض متقومة.(العناية)

إن تقوم إلخ: يعني أن تقوم منافع البضع بالعقود ضروري، فلا يظهر في حق الشفعة؛ وهذا لأن المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى، فلم يصلح قيمة له؛ لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه؛ لاتحادهما في المعنى الخاص، وهذا المعنى لا يتحقق بين المال وبين المستحق بعقد النكاح، غير أن الشرع جعل ملك النكاح مضموناً بالمهر إبانة لخطره وإعظاماً لقدره، وصوناً لهذا العقد عن التشبه بالإباحة، فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة، فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفيع. وكذا المنافع ليست بأموال عندنا؛ ولهذا لا يضمن بالغصب والإتلاف على ما مر في الغصب، وإنما يظهر تقومها في العقد للضرورة، فلا يظهر في غيره.[الكفاية ٨/٣٢٩، ٣٣٠]

وكذا الدم والعتق إلخ: وإنما أفردهما؛ لأن تقومهما أبعد؛ لأنهما ليسا بمالين فضلًا عن التقوم.(العناية)

لأن القيمة ما إلخ: لأن القيمة إنما سميت بها؛ لقيامها مقام الغير، وإنما تقوم مقام الغير باعتبار المالية لا بغيرها من الأوصاف كالجوهرية والجسمية وغير ذلك، ولامالية في الدم والعتق.[البناية ١٠/٤٢٦]

ولا يتحقق فيهما إلخ: أي ولا يُتحقق المعنى الخاص فيهما، وهو المالية في الدم والعتق؛ لأن العتق إسقاط وإزالة، والدم ليس إلا حق الاستيفاء، وليس من جنس ما يتموّل به ويدخر.[العناية ٨/٣٣٠]

بخلاف ما إذا إلخ: يعني تجب الشفعة، فإن قيل: كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل، قلنا: جاز أن يكون معلومًا عندهما، ولأنه جهالة في الساقط، فلا يفضي إلى المنازعة، فلا يفسد البيع.[العناية ٨/٣٣٠]

ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفًا، فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة رحمه الله، الزوجة
وقالا: تجب **في حصّة الألف**؛ لأنه مبادلة مالية **في حقه**، وهو يقول: معنى البيع فيه
تابع، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح، **ولا يفسد بشرط** النكاح فيه، ولا شفعة في الأصل، أبو حنيفة النكاح
فكذا في التبع، ولأن الشُّفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة، حتى أن المضارب **إذا**
باع دارًا، وفيها ربح لا يستحق رب المـــال الشفعةَ في حصة الربح؛ لكونه تابعًا فيه.
قال: **أو يُصالح عليها** بإنكار، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة، قال رضي الله عنه: القدوري
هكذا ذكر في أكثر نسخ "المختصر". والصحيح: أو يُصالح عنها بإنكار مكان قوله: مختصر القدوري
أو يصالح عليها؛ لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقي الدار في يده، فهو يَزْعم أنها لم تزل
على المال الدار المدعى عليه
عن ملكه، وكذا إذا صالح عنها بسكوت؛ لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه،
المدعى عليه
وقطعاً لشغب خصمه، **كما إذا أنكر** صريحاً، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار؛
المدعى عليه المدعى عليه المدعى عليه
لأنه معترف بالملك للمدّعي، وإنما استفاده بالصلح،
المدعى عليه

في حصة الألف: أن يقسم الدار على مهر مثلها ألف درهم، فما أصاب الألف تجب فيه الشفعة، وبه قال أحمد رحمه الله.(البناية) **في حقه:** أي فيما يخص الألف.(البناية) **ولا يفسد بشرط إلخ:** أي لو كان البيع أصلاً يفسد بشرط النكاح، كما لو قال: بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجي نفسك مني.[البناية ٤٢٧/١٠]
إذا باع دارًا: صورته: إذا كان رأس المال ألفًا، فاتجر المضارب وربح ألفًا، ثم اشترى بالألفين دارًا، ورب المال شفيعها، ثم باع الدار بالألفين، فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار أنَّ الرِّبحَ تبع لرأس المال، وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال؛ لأن البيع كان لرب المال؛ لأن المضارب وكيل لرب المال في حقه، وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل، فكذا في حصة الربح.[الكفاية ٣٣٠/٨]
أو يصالح عليها: عطف القدوري قوله: "أو يصالح عليها بإنكار" على قوله: أو يعتق عليها عبدًا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة.[العناية ٣٣٠/٨، ٣٣١] **كما إذا أنكر إلخ:** حيث لا شفعة فيه.[البناية ٤٢٩/١٠]

فكان مبادلةً ماليةً، أما إذا صالح عليها بإقرار، أو سكوت، أو إنكار وجبت الشفعة (وقت العقد) في جميع ذلك؛ لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه (الدار) **إذا لم يكن** من جنسه، فيعامل (المدعى الدار) بزعمه. قال (القدوري): ولا شفعة في هبة؛ **لما ذكرنا، إلا أنْ** تكونَ بعوض مشروط؛ لأنه بيع (وقت العقد) انتهاء، **ولابد من القبض**، وأن لا يكونَ الموهوبُ ولا عوضُه شائعاً؛ لأنّه هبة ابتداء، وقد قررناه **في كتاب الهبة، بخلاف ما إذا** لم يكن العوضُ مشروطاً في العقد؛ لأن كل (ولكن عوض) واحد منهما هبة مطلقة، إلا أنه أثيب منها، فامتنع الرجوع. قال (القدوري): ومن باع بشرط (الموهوب وعوضه عوض الدار) الخيار فلا شفعة للشفيع؛ لأنه يمنع زوال الملك عن البائع، فإن أسقط الخيار وجبت (خيار البائع) الشفعة؛ لأنه زال المانع عن الزوال، ويُشْترط الطلبُ عند سقوط الخيار **في الصحيح**؛ (الملك عن البائع) لأن البيع يصير سببًا لزوال الملك عند ذلك. وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة؛ (سقوط الخيار)

فكان مبادلة إلخ: فوجبت فيه الشفعة.[البناية ١٠/٤٢٩] **إذا لم يكن إلخ:** أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه، وقيد بذلك؛ لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان آخذًا حقه، فليس فيه معاوضة، فلا يجب الشفعة.[العناية ٨/٣٣١] **لما ذكرنا:** يريد به قوله: "ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية"، وقوله: بخلاف الهبة؛ لأنه لا عوض فيها رأساً.[الكفاية ٨/٣٣١]

ولابد من القبض: وهذا عندنا خلافاً لزفر رحمه الله؛ فإنه إذا وهب لرجل دارًا على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا، وبعد التقابض تجب للشفيع فيها الشفعة، وعلى قول زفر رحمه الله تجب الشفعة قبل التقابض، وهو بناءً على ما بينا في كتاب الهبة، أن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء، وعندنا هبة ابتداء، وبمنـــزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين.[الكفاية ٨/٣٣١] **في كتاب الهبة:** لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداءً و معاوضة انتهاء.[العناية ٨/٣٣١] **بخلاف ما إذ إلخ:** فإنه لا تثبت الشفعة لا في المـــوهوب، ولا في العوض إن كان العوض دارًا.[العناية ٨/٣٣١] **في الصحيح:** احتراز عن قول بعض المشايخ: إنه يشترط الطلب عند وجود البيع؛ لأنه هو السبب.[العناية ٨/٣٣١]

لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق، والشفعة تبتنى عليه **على ما مرّ**، وإذا أخذها **في الثلاث وجب البيع** لعجز المشتري عن الرد، ولا خيار للشفيع؛ لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع، وإن بيعت دارٌ إلى جنبها، والخيار **لأحدهما**، فله الأخذ بالشُّفعة. أما للبائع فظاهر؛ لبقاء ملكه في التي يشفع بها، وكذا إذا كان للمشتري، **وفيه إشكال أوضحناه** في البيوع فلا نعيده. **وإذا أخذها** كان إجازةً منه للبيع، بخلاف ما إذا اشتراها و لم يرها حيث لا يبطل، خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة؛ لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال،

على ما مر: أي في أوائل كتاب الشفعة في قوله: والشفعة تجب بعقد البيعَ إلى أن قال: والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار.(الكفاية) **في الثلاث**: أي مدة الخيار التي هي الثلاث.[البناية ٤٣٣/١٠] إنما قيد بالثلاث؛ لتكون المسألة على الاتفاق.[الكفاية ٣٣١/٨]

وجب البيع: أي تقرر البيع الذي جرى بين البائع والمشترى بشرط الخيار، وإنما ذكر هذا؛ لأن المشتري بشرط الخيار لو رد المبيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع و لم يتحقق، بل انفسخ من الأصل، فحينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة؛ لأن هذا ليس ما قاله، بل انفساخ من الأصل، فكان السبب منعدمًا في حقه من الأصل.[الكفاية ٣٣١/٨]

لأحدهما: أي والحال أن الخيار لأحد المتعاقدين.(البناية) **وفيه إشكال**: وهو أنه لا يثبت له الملك عند أبي يوسف كيف يأخذها بالشفعة، وقد كان البلخي يدعي المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله حيث قال: إذا كان الخيار للمشتري لا يملك البيع، وههنا نقول بقولنا: أخذ الشفعة وهو مستلزم للملك، وحل الإشكال: إن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها؛ لأن ما يثبت إلا بدفع ضرر سوء الجوار، وذلك بالاستدامة، فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه، فيثبت الملك من وقت الشراء، فيتبين أن الجوار كان ثابتاً.[البناية ٤٣٤/١٠]

أوضحناه: أي أوضحنا الإشكال في البيوع.(البناية) **وإذا أخذها**: يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة، كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول، فيسقط خياره؛ لما ذكرنا في طرق البائع.

فكيف بدلالته، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية؛ لانعدام (المصنف) (المشتراة بشرط الخيار) (المشتراة بالشفعة) ملكه في الأولى حين بـــيعت الثانية. قال: ومن ابتاع دارا **شراءً فاسداً** فلا شفعة فيها، (القدوري) (البائع) أما قبل القبض؛ فلعدم زوال ملك البائع، وبعد القبض؛ **لاحتمال الفسخ**، وحقُّ الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشُّفعة تقريرُ الفساد فلا يجوز، **بخلاف** (الأخذ بالشفعة) **ما إذا** كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح؛ لأنه صار أخص به تصرفاً، وفي البيع (المشتري) الفاسد ممنوع عنه. قال: فإن سقط **حقُّ الفسخ** وجبت الشفعة؛ لزوال المانع، وإن (التصرف) (ثبتت) بيعت دارٌ بجنبها وهي في يد البائع بعد، فلـــه الشفعة؛ لبَقاء ملكه، وإن سلمهـــا إلى المشتري فهو شفيعهـــا؛ لأن الملكَ له، (المشتري)

فكيف بدلالته: أخذ ما بيع بجنبها شفعة. **شراءً فاسداً إلخ:** تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسداً ابتداء؛ لأن الفساد إذا كان بعد انعقادها صحيحاً، فحقُّ الشفعة باق على حاله، ألا ترى أن النصراني إذا اشترى من نصراني دارا بخمر، ولم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما، أو قبض الدار ولم يقبض الخمر، فإنه يفسد البيع، وحق الشَّفيع في الشفعة باقٍ؛ لأن فساده بعد وقوعه صحيحاً.[العناية ٣٣٢/٨]

لاحتمال الفسخ إلخ: لأن كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه، والنقض مستحق حقًا لله تعالى، وفي إثبات الشفعة إسقاط حق الفسخ، وفيه تقرير الفساد، فلا يجوز لإفضائه إلى التناقض.[الكفاية ٣٣٢/٨، ٣٣٣]

بخلاف ما إذا إلخ: [حيث يثبت له الشفعة مع احتمال الفسخ.(الكفاية)] جواب عما يقال: احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم، ولم يمنع حق الشفعة. وتقرير الجواب: أن مشتري ذلك صار أخص بالمبيع تصرفاً، حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة، وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره، وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه.[العناية ٣٣٣/٨]

حق الفسخ: بأن باع المشتري من آخر وجبت الشفعة؛ لأن امتناع حق الشفعة إنما كان لثبوت حق الفسخ، فإذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة، وللشفيع أن يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور، أو ينقض البيع الثاني، ويأخذه بالبيع الأول بقيمته.[الكفاية ٣٣٣/٨]

ثم **إن سلَّم البائعُ** قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته **كما إذا باع**، بخلاف ما إذا سلّم **بعده**؛ لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط، فبَقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه. وإن استردّها البائع من المشتري قبل الحكم بالشُّفعة له، بطلت؛ لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشُّفعة، وإن استردّها
شفعة المشتري — الدار المبيعة
بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه؛ **لما بيّنا**. قال: وإذا اقتسم الشركاءُ العقارَ، فلا شفعة
القدوري
لجارهم بالقسمة؛ لأن القسْمة فيها **معنى الإفراز**، ولهذا يجري فيها الجبر، والشفعة ما
القسمة جبر القاضي
شرعت إلا في **المبادلة المطلقة**. قال: وإذا اشترى داراً، فسلّم الشَّفيع الشفعةَ، ثم ردّها
القدوري
المشتري بخيار رؤية، أو شرط، أو بعيب بقضاء قاضٍ، فلا شفعة للشَّفيع؛ لأنه فسخ من
هذا الرد
كل وجه، فعاد إلى قديم ملكه، والشفعة **في إنشاء العقد**، ولا فرق **في هذا بين القبض** وعدمه. قال: وإن ردها بعيب بغير قضاء، أو تقايلا البيع،
البائع
فللشفيع الشفعة؛ لأنه فسخ في حقهما؛ لولايتهما على أنفسهما،
هذا الرد — المتعاقدين

إن سلم البائع: الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع، بطلت الشفعة؛ لزوال ما كان يستحقها به.[العناية ٨/٣٣٤] **كما إذا باع**: أي كما إذا باع البائع الدار.(البناية) **بعده**: أي بعد الحكم بالشفعة للبائع.[البناية ١٠/٤٣٨] **بعد الحكم**: أي وإن استرد البائع المبيعة بيعاً فاسدًا بعد حكم القاضي بالشفعة للمشتري.(البناية) **بقيت الثانية**: أي الدار الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة.(البناية) **لما بينا**: أشار به إلى قوله: لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط.(البناية) **معنى الإفراز**: وهو تمييز الحقوق.(البناية) **المبادلة المطلقة**: وهي المبادلة من كل وجه.[البناية ١٠/٤٣٩] **في إنشاء العقد**: أي الشفعة تجب إلى إحداث عقد.(البناية) **في هذا**: يعني فيما إذا كان الرد بالقضاء.(البناية) **بين القبض إلخ**: حيث لا تجب الشفعة في الوجهين؛ لأنه فسخ من الأصل.[البناية ١٠/٤٤٠]

وقد **قصدا الفسخَ** وهو بيع جديد في حقِّ ثالث لوجود حد البيع، وهو مبادلةُ المال بالمال بالتراضي، والشفيع ثالث، **ومراده الرد** بالعيب بعد القبض؛ لأن قبله القبض **فسخ من الأصل**، وإن كان بغير قضاء على ما عرف. و في "الجامع الصغير": ولا شفعة في فلا شفعة قسمة، ولا خيارِ رؤية، وهو بكسر الراء، ومعناه: لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية؛ **لما بيّناه، ولا تصح الرواية** بالفتح عطفًا على الشفعة؛ لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة: أنه يثبت في القسمة خيارُ الرؤية وخيارُ الشرط؛ لأنهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا، وهذا المعنى موجود **في القسمة**، والله سبحانه أعلم.
في عقد

قصدا الفسخ: فيكون فسخًا في حقهما.(البناية) **ومراده الرد**: أي مراد القدوري من قوله: "ثم ردها بعيب بغير قضاء قاض" للرد بعد القبض؛ لأن الرد قبل القبض فسخ وإن كان بغير قضاء قاض.[البناية ١٠/٤٤٠،٤٤١] وفيه نظر؛ لأنه يناقض قوله هناك: ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه.[العناية ٨/٣٣٤] **فسخ من الأصل**: لعدم تمام الملك، ولهذا ينفرد الراد به من غير أن يحتاج به إلى رضا صاحبه أو قضاء قاض.[الكفاية ٨/٣٣٥] **لما بيناه**: أنه فسخ من كل وجه.

ولا تصح الرواية إلخ: وتبع المصنف في ذلك فخر الإسلام البزدوي والصدر الشهيد حيث أنكر رواية الفتح، وأثبتها الفقيه أبو الليث في شرح "الجامع الصغير" فقال: معناه: لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية في القسمة أيضاً، وإنما لم يجب في القسمة خيار رؤية؛ لأنه لا فائدة في رده كان له أن يطلب القسمة من ساعته، فلا يكون في الرد فائدة.[البناية ١٠/٤٤٢] **في القسمة إلخ**: لما فيها من معنى المبادلة، والمبادلة أغلب في غير المكيل والموزون، فيجوز فيها خيار الرؤية، ولا يجوز في المكيل والموزون؛ لأن معنى الإفراز فيها هو الأغلب، ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير إذن صاحبه.

باب ما تبطلُ به الشفعة

قال: (القدوري) وإذا ترك الشفيع **الإشهاد** حين عَلِمَ بالبيع، وهو **يقدر على ذلك** بطلت شفعته؛ لإعراضه عن الطلب؛ وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة. (اشتراط القدرة / حالة الإختيار) وكذلك إن **أشهد في المجلس**، ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار، (بطلت شفعته) وقد أوضحناه **فيما تقدم**. قال: وإن صالح من شفعته **على عوض بطلت شفعته**،

باب: ولا شك أن البطلان يقتضي الثبوت سابقًا إما صورة أو معنى، فلذلك ذكر هذا الباب بعد ما ذكر ما يثبت به الشفعة.(النهاية) **الإشهاد:** يعني طلب المواثبة، وإنما فسرنا بذلك؛ لئلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الإشهاد ليس بشرط، فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله.[العناية ٨/٣٣٥] **يقدر على ذلك:** أي والحال أنه يقدر على ذلك الإشهاد حين العلم.(البناية) **أشهد في المجلس:** أراد به طلب المواثبة، وترك طلب التقرير، فإنه يسقط شفعته أيضاً.(البناية) **فيما تقدم:** أشار به إلى ما ذكره في باب طلب الشفعة.[البناية ١٠/٤٤٤]

على عوض: إشارة إلى أن الصلح إن كان على بعض الدار صح، ولم تبطل الشفعة؛ لأن ذلك على وجهين: أحدهما: أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن، وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض. والثاني: أنه يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن، والصلح فيه لا يجوز؛ لأن حصته مجهولة، وله الشفعة؛ لفقد الإعراض. [العناية ٨/٣٣٧]

بطلت شفعته: بلا خلاف بين الأئمة الأربعة. [البناية ١٠/٤٤٤] أما بطلان الشفعة؛ فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل؛ لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه، وأما رد العوض؛ فلأن حق الشفعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط، يعني: الشرط الملائم، وهو أن يتعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال، مثل قول الشفيع للمشتري: سلمتك شفعة هذه الدار على أن أجرتنيها، أو أعرتنيها، فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال أولى، والفاصل بين الملائم وغيره: أن ماكان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالإجارة والإعارة والتولية ونحوها فهو ملائم؛ لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه، وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم؛ لأنه إعراض عن لازم الأخذ وإذا لم يتعلل بالشرط، وقد وجد الإسقاط بطل الشرط وصح الإسقاط.[العناية ٨/٣٣٦،٣٣٧]

وردَّ العوض؛ لأن حق الشُّفعة ليس **بحقٍ متقرر** في المحل، بل هو مجرد حق التملك، فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق إسقاطُه بالجائز **من الشَّرط**، فبالفاسد أولى، فيبطل الشرط ويصح الإسقاط، وكذا لو باع شفعته بمال؛ **لما بينا**، بخلاف القصاص؛ **لأنه حق متقرر**، (أنها لا تبطل) وبخلاف الطلاق والعتاق؛ لأنه اعتياض عن ملك في المحل. ونظيره: إذا قال للمخيرة: (عن الطلاق والعتاق) (حق الشفعة) اختاري بألف، أو قال العِنِّين لامرأته: اختاري ترك الفسخ بألف، **فاختارت** سقط الخيارُ، **ولا يثبت العوضُ**، والكفالةُ بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة **في رواية**، **وفي أخرى**: (اسقاطها بعوض) **لا تبطل الكفالة** ولا يجب المال، وقيل: **هذه رواية** في الشفعة، وقيل: هي **في الكفالة خاصةً**، (الرواية المذكورة)

بحق متقرر: يعني أن الشفيع ليس له ملك في المحل، بل له حق التعرض بالملك، فتسليمه الشفعة يكون ترك العوض منه.(البناية) **من الشَّرط**: وهو ما ليس فيه ذكر مال. [البناية ١٠/٤٤٤] **لما بينا**: أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل، حتى يصح الاعتياض عنه، فكان إعراضاً.(العناية) **لأنه حق متقرر**: هذا جواب عما يقال: حق الشفعة كحق القصاص في كونه غير مال، والاعتياض عنه صحيح، فأجاب عنه بقوله: بخلاف القصاص إلخ. [البناية ١٠/٤٤٦] **فاختارت**: أي فاختارت المخيرة الزوج، وامرأة العنين ترك الفسخ. [العناية ٨/٣٣٨] **ولا يثبت العوض**: لأنه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد، فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل، وهو لا يجوز. **في رواية**: أي رواية أبي حفص، وقيل: وعليه الفتوى، ووجهه: أن حق الكفيل في الطلب، وهو فعل، فلا يصح الاعتياض عنه.(العناية) **وفي أخرى**: أي وفي الرواية الأخرى، وهي رواية كتاب الصلح من رواية أبي سليمان. [البناية ١٠/٤٤٨] **لا تبطل الكفالة**: والفرق بينها وبين الشفعة: أن الكفالة لا تسقط إلا بتمام الرضا، ولهذا لا تسقط بالسكوت، وتمام الرضا إنما يتحقق إذا وجب المال، وأما حق الشفعة فليس كذلك؛ لأنه يسقط بالسكوت بعد العلم به. [العناية ٨/٣٣٦]

هذه رواية: أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضًا، حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال. [البناية ١٠/٤٤٨] **في الكفالة خاصةً**: يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال، وتبطل الشفعة بالصلح على مال. [العناية ٨/٣٣٨]

وقد عرف في موضعه. قال: وإذا مات الشفيع بطلت شفعته، وقال الشافعي رحمه الله: في المبسوط / بعد طلب الشفعة / لايأخذها أحد

تُوْرَثُ عنه. قال رضي الله عنه: معناه: إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقَبْضِه، فالبيع لازم لورثته، وهذا **نظير الاختلاف** في خيار الشرط، وقد مرّ **في البيوع**، ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره، ويثبت الملك للوارث بعد البيع، وقيامهُ وقت البيع، وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرط، **فلا يَسْتَوجِبُ** الشفعة بدونه. وإن مات المشتري لم تبطل؛ **لأن المستحق باقٍ**، ولم يتغير سبب حقه، **ولا يباع في** دين المشتري ووصيته، **ولو باعه** القاضي، أو الوصي،

بالشفعة / الملك / إستحقاق الشفعة / الشفعة

تورث عنه: فإن عنده كما تورث الأملاك، فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال، وما لا يعتاض في ذلك، سواء بطريق أو الوارث يقوم مقام المورث، فإن حاجة الوارث كحاجة المورث، ونحن نقول: مجرد الرأي والمشيئة لا يجري فيه الإرث؛ لأنه لا يبقى بعد موته ليخلف الوارث فيه، والثابت له بالشفعة مجرد المشيئة بين أن يأخذ أو يترك. [الكفاية ٣٣٩/٨] **نظير الاختلاف إلخ**: أي لا يورث خيار الشرط عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يورث، فكذلك في الشفعة، ووجه الإلحاق به ما ذكره في "الإيضاح": أن الثابت للشفيع حق أن يتملك، فظهر أثر هذا الحق في أن يتخير بين أن يأخذ وبين أن لا يأخذ، والإرث لا يجري في الخيار. [الكفاية ٣٣٩/٨] **في البيوع**: في باب خيار الشرط. [البناية ٤٤٩/١٠]

فلا يستوجب: أي فلا يستحقها بدون الشرط المذكور.(البناية) **لأن المستحق باق**: بخلاف موت الشفيع، فإن السبب الذي كان يأخذ به الشفعة يزول بموته، وهو ملكه، وقيام السبب إلى وقت الأخذ شرط، ولهذا لو باع ملكه قبل أن يأخذ المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، فكذا إذا زال بموته، والثابت للوارث جوار، أو شركة حادث بعد البيع، فلا يستحق به الشفعة. [الكفاية ٣٣٩/٨]

ولا يباع في إلخ: أي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع؛ لأن حق الشفيع مقدم على حق المشتري. [العناية ٣٣٩/٨] **ولو باعه إلخ**: أي ولو باع القاضي الدار المشفوعة أو الوصي في دين المشتري الميت. [البناية ٤٥٠/١٠]

أو أوصى المشتري فيها بوصيّة، فللشفيع أن يـــبطله، ويأخذ الدار؛ لتقدُّم حقه، **ولهذا** (الشفيع) (المبيعة)
ينقض تصرفه في حياته. قال: وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يُقضى له بالشفعة (المشتري) (القدوري) (بيعاً باتاً)
بطلت شفعته؛ لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك، وهو الاتصال بملكه، **ولهذا** يزول
به، وإن لم يعلم بشراء المشفوعة، كما **إذا سلّم صريحاً**، أو **أبرأ عن الـــدين**، وهو (الشفيع) (الدار)
لا يعلم به، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع دارَه بشرط الخيار له؛ لأنه يمنع الزوال، **فبقي** (دينه) (الخيار للشفيع)
الاتصال. قال: ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له، ووكيل المشتري إذا (القدوري)
ابتاع فله الشفعة، والأصل: أن مَنْ باع أو بـــيع له لا شفعة له، ومن اشترى أو ابتيع له، (الأمر الكلي)
فله الشفعة؛ **لأن الأول** بأخذ المشفوعة **يسعى في نقض** ما تم من جهته، وهو البيع، والمشتري لا يُنْقَضُ شراؤه بالأخذ بالشفعة؛ **لأنه مثل الشراء**، **وكذلك لو ضمن الدرك** (الأخذ بالشفعة)

ولهذا: أي ولتقدم حق الشفيع علي حق المشتري.(البناية) **ينقض إلخ**: أي حتى المسجد والمقبرة والوقف.
ولهذا: أي ولكون زوال السبب مبطلاً. [البناية ٤٥١/١٠] **إذا سلّم صريحاً**: أي إذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز، سواء كان المشتري حاضرًا أو غائباً؛ لأنه إسقاط، فلا يتوقف على العلم كالطلاق.(الكفاية) **أبرأ عن الدين**: أي لو أبرأ رب الدين المديون، وهو لا يعلم بأن له عليه ديناً يصح الإبراء. [الكفاية ٣٤٠/٨] **فبقي الاتصال**: وهوالسبب فلا تسقط شفعته.[البناية ٤٥٢/١٠]
لأن الأول: أي من باع أو بيع له.(الكفاية) **يسعى في نقض**: أما البائع؛ فلأنه بائع حقيقة، وأما الوكيل فتمام البيع به أيضاً؛ لأنه لولا توكيله لما جاز بيعه. [الكفاية ٣٤٠/٨] **لأنه مثل الشراء** [فلا يصير ساعيًا في نقض مات منه]: أي في كونه رغبة في المشفوعة، والشفعة إنما تبطل في الرغبة عنها. [العناية ٣٤٠/٨]
وكذلك إلخ: أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلاً عن البائع، وهو الشفيع، فلا شفعة له؛ لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرض المشتري إلا بضمانه، فكان الأخذ بالشفعة سعياً في نقض ما تم من جهته. [العناية ٣٤٠/٨] **لوضمن الدرك**: أي لو ضمن المشتري تبعه الاستحقاق. [البناية ٤٥٣/١٠]

عن البائع وهو الشفيع، فلا شفعة له. وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره، فأمضى
الضامن لا شفعة
المشروطُ له الخيارُ البيعَ، وهو الشفيع، فلا شفعة لـــه؛ لأن البيع **تم بإمضائه، بخلاف** جانب المشروط له الخيارُ من جانب المشتري. قال: وإذا بلغ الشفيع أنها
المشروط له الخيار القدوري
بيعت بألف درهم فسلَّم، ثم عَلِمَ أنها بيعت بأقلَّ، أو بحنطة، أو شعير قيمتها ألف،
الشفعة
أو أكـــثر، فتسليمه باطل، وله الشفعة؛ لأنه **إنما سلّم لاستكثار** الثمن **في الأول،**
أو أقلّ
ولتعذر الجنس الذي بلغه، وتيسر ما بيع به **في الثاني**؛ إذ الجنس مختلف. وكذا **كل مكيل**، أو موزون، **أو عددي متقارب**، بخلاف ما إذا علِم أنها بيعت بعَرْض قيمته
تسليمه صحيح ثانياً
ألف، أو أكثر؛ **لأن الواجب** فيه القيمةُ، وهي دراهم أو دنانير، وإن بان أنها بيعت
العرض ثانياً
بدنانيرَ قيمتُها ألف، فلا شفعة له، وكذا إذا كانت أكثر،
قيمة الدنانير

تم بإمضائه: فإذا طلب بالشفعة يكون ساعياً لنقض ماتم من جهته فلا يجوز.(البناية) **بخلاف إلخ:** لو شرط المشتري الخيار لغيره وهو الشفيع، فأمضى الشفيع البيع لا تبطل شفعته، لكن إذا طلبها قبل الإمضاء؛ لأنه يكون ساعياً في نقض ما تم من جهته، بل أخذه بالشفعة مثل الشراء على ما مر.[البناية ١٠/٤٥٥]

إنما سلم لاستكثار إلخ: فإذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه، قال في "النهاية": كأنه قال: سلمت إن كان الثمن ألفاً أراد أنه تسليم مشروط بشرط، فينتفي بانتفاء شرطه، بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف، فإن مستكثر الألف أكثر استكثاراً للأكثر، فكان التسليم صحيحاً. [العناية ٨/٣٤٠] **في الأول:** أي فيما بلغه أنها بيعت بألف، ثم علم أنها بيعت بأقل.(البناية) **في الثاني:** أي فيما إذا بلغه أنها بيعت بألف، ثم علم أنها بيعت بحنطة أو شعير. [البناية ١٠/٤٥٥-٤٥٦] **كل مكيل:** لا اختصاص بالحنطة والشعير.

أو عددي متقارب: لكونه في معنى المكيل. **لأن الواجب إلخ:** فصار كما لو قيل: بيعت بألف فسلم، ثم ظهر أكثر من ذلك، ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم. [العناية ٨/٣٤١]

وقال زفر رحمه الله: له الشفعة لاختلاف الجنس، ولنا: أن **الجنس متحد** في حق الثمنية. (بدليل حل التفاضل بين الدرهم والدنانير) (وكلامنا فيها)

قال: وإذا قيل له: إن المشتري فلان، فسلّم الشفعةَ، ثم علم أنه غيره فله الشفعة؛ (القدوري)

لتفاوت الجوار، ولو علم أن المشتري هو مع غيره، فله أن يأخذ نصيب غيره؛ لأن (ثانياً)

التسليم لم يوجد في حقه، ولو بلغه شراء النصف فسلّم، ثم ظهر شراء الجميع فله (الغير)

الشفعة؛ لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة، **وفي عكسه** لا شفعة **في ظاهر الرواية**؛

لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه، والله أعلم.

فصل

قال: وإذا باع داراً إلا مقدارَ ذراع منها في طول الحدّ الذي يلي الشفيع: (القدوري)

وقال زفر: وذكر الاختلاف في "الأسرار" بين علمائنا الثلاثة، قال: إذا قيل للشفيع: الشراء بألف درهم فسلم، فإذا بدنانير تساوي ألفاً كان له أن يطلب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبويوسف رحمه الله: بطلت شفعته استحساناً؛ لأنها جنس واحد في حق التجارات وضمانها. وجه القياس: أن الإنسان قد يتيسر عليه الشراء بأحدهما دون الآخر، والرضا بأحدهما لا يدل على الرضا بالآخر، وإن كان الجنس واحداً، فإنه لو رضي بدراهم جياد، فإذا هي غلة كان له الطلب. [الكفاية ٨/٣٤١-٣٤٢]

الجنس متحد إلخ: بدليل تكميل نصاب أحدهما بالأخر، والمكره بالبيع بالدراهم يكون مكرها على البيع بالدنانير. [البناية ١٠/٤٥٧] **وفي عكسه:** أي لو أخبر بشراء الكل فسلم، ثم ظهر أنه اشترى النصف، فلا شفعة، قال شيخ الإسلام: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف، ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف، فأما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف ظهر أنه اشترى النصف بخمسمائة يكون على شفعته.(النهاية)

في ظاهر الرواية: احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمه الله على عكس هذا؛ لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف، وقد تكون له حاجته إلى النصف، ليتم به مرافق ملكه، ولا يحتاج إلى الجميع.(العناية) **فصل:** لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال، علم تلك الأحوال في هذا الفصل؛ لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به، وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار، فأحتيج إلى بيانه. [العناية ٨/٣٤٢،٣٤٣]

فلا شفعة له؛ لانقطاع الجوار، وهذه حيلة، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمّه إليه؛ (لأسقاط الشفعة لا شفعة المالك المشتري)
لما بيّنا. قال: وإذا ابتاع منها سهما بثمن، ثم ابتاع بقيمتها: فالشفعة للجار في السهم (القدوري الدار كالثلث)
الأوّل دون الثاني؛ لأن الشفيع جار فيهما، إلا أن المشتري **في الثاني شريك**، فيتقدم عليه، (الجار)
فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهماً مثلاً، **والباقي بالباقي**، وإن ابتاعها بثمن، ثم (بكل الثمن الدار)
دفع إليه ثوبًا عوضاً عنه، فالشفعة بالثمن دون الثوب؛ لأنه عقد آخر، والثمن هو العوض (الثمن دفع الثوب)
عن الدار. قال رضي الله عنه: وهذه حيلة أخرى تَعُمُّ الجوار والشركة، فيباع بأضعاف قيمته، (المبيع)
ويعطى بها ثوب بقدر قيمته، **إلا أنه** لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على (بدل أضعاف قيمته)
مشتري الثوب؛ لقيام البيع الثاني، **فيتضرر به. والأوجه:** أن يباع بالدراهم الثمن دينار، (بائع الدار بيع الثوب البائع)

لما بينا: أشار به إلى قوله: لانقطاع الجوار.(البناية) **في الثاني شريك:** لأنه حين اشترى الباقي كان شريكاً بشراء الجزء الأول، واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة؛ لكونه في ملكه بعد، فيتقدم على الجار. [العناية ٣٤٣/٨] **فإن أراد الحيلة إلخ:** هذه حيلة ترجع إلى تَقليل رغبة الشفيع الأول إلى الإبطال. [البناية ٤٦٠/١٠] **والباقي بالباقي:** فلا يرغب الجار في الأول لكثرة الثمن، ولا حق له فيما بقي؛ لأنه صار شريكاً، وهو مقدم على الجار. [الكفاية ٣٤٣/٨]

ويعطى بها إلخ: أي ثم يعطى المشتري بمقابلة ما وجب عليه من أضعاف القيمة ثوباً يكون ذلك الثوب بقدر قيمة المبيع في الواقع. [البناية ٤٦٢/١٠] **إلا أنه:** استثناء من قوله: وهذه حيلة أخرى، يعني: أنها حيلة عامة، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار. [العناية ٣٤٣/٨]

فيتضرر به: أي برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار، ولا يتمكن البائع من رد الثوب، إلا برضا المشتري، فعسى لا يرضاه. [الكفاية ٣٤٣/٨]

والأوجه: تقريره: إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفاً، فلا يرغب في الشفعة ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً، وإنما يرجع بما أعطاه؛ لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار، فيبطل الصرف. [العناية ٣٤٣/٨]

حتى إذا استحق المشفوع يـــبطل الصرف، **فيجب رد الدينار** لا غير. قال: ولا تكرَه (القدوري)
الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله، **وتُكْرَه عند محمد** رحمه الله؛ لأن الشفعة إنما
وجبت لدفع الضرر، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه. ولأبي يوسف رحمه الله: أنه منع عن إثبات (الضرر)
الحق، **فلا يعدّ ضرراً**، وعلى **هذ الخلاف** الحيلة في إسقاط الزكاة.

فيجب رد الدينار إلخ: لأنه تبين أنه لم يكن في ذمة المشتري ألف ثمن الدار، فلم يصر قابضاً في المجلس؛ لكونه في ذمته، فيبطل الصرف، فلا يلزمه إلا ردّ الدينار، فصار كمن اشترى من آخر ديناراً بعشر دين، ثم تصادقا أن لا دين عليه، فإنه يرد الدينار كذا هنا، بخلاف ما إذا دفع الثوب بمقابلة ما في ذمته من الثمن، وهو أضعاف قيمة الثوب، فلو استحقت الدار المشفوعة يرجع المشتري بثمن الثوب على بائع الدار؛ لأن باستحقاق الدار المشفوعة لا يبطل المبايعة التي جرت بين مشتري الدار وبائعه في الثوب، ويثبت باستحقاق الدار لمشتريها الرجوع على البائع، فيتضرر بذلك بائع الدار، ولا يقال: باستحقاق الدار المشفوعة يعلم أن بيع الثوب كان بلا ثمن، فيكون البيع فاسدًا، فلا يتضرر مشتري الثوب؛ لأنه لا يطالب بثمن الثوب؛ لأنا نقول: البيع يحتاج إلى ذكر الثمن لا إلى وجوده، ولهذا قلنا: لو باع عبدًا بما عليه من الدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع في العبد. [الكفاية ٨/٣٤٤]

وتكره عند محمد رحمه الله: وبه قال الشافعي، وعند أحمد بالحيلة لا تسقط الشفعة.(البناية) **فلا يعد ضررًا:** فلا يكره كما لا تكره الحيلة في إسقاط الربا.(البناية) **هذا الخلاف:** المذكور بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله. [البناية ١٠/٤٦٤]

مسائل متفرقة

قال: وإذا اشترى خمسةُ نفرٍ داراً من رجل، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها، أو تركها. والفرق: أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرّق الصفقة على المشتري، **فيتضرر به زيادة الضرر**، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم، فلا تتفرق الصفقة، **ولا فرق في هذا** بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده، **هو الصحيح**، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذَ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه، ما لم يَنْقُد الآخرُ حِصَّتَهُ، كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع **بمنـــزلة أحد المشتريَـــيْن**، بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه سَقطتْ **يد البائع**، وسواء سمّى لكل بعض ثمناً، أو كان الثمن جملة؛

مسائل متفرقة: ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك.(العناية) **فيتضرر به:** أي بتفرق الصفقة عليه.[البناية ١٠/٤٦٥] **زيادة الضرر:** فإن أخذ الملك منه ضرر، وضرر التشقيص زيادة على ذلك، والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل، فلا يشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا.(العناية) **ولا فرق في هذا:** أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده. [العناية ٨/٣٤٥] **هو الصحيح:** وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه فرق، فقال: إن أخذ القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك، وبعد القبض له ذلك؛ لأنه متى أخذ نصيب أحدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفرق اليد، بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه لم تبق يد البائع، ويقع التملك على المشتري، وقد أخذ منه جميع ملكه، فلا تفريق. [الكفاية ٨/٣٤٥]

بمنـــزلة أحد المشتريين: إذا نقد ما عليه من الثمن ليس له أن يأخذ نصيبه من الدار، حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن؛ لئلا يلزم تفريق اليد على البائع. [البناية ١٠/٤٦٦-٤٦٧] **يد البائع:** فلا يلزم تفريق اليد عليه. [البناية ١٠/٤٦٧]

لأن العبرة في هذا **لتفريق الصفقة** لا للثمن، **ههنا تفريعات** ذكرناها في "كفاية المنتهي".

قال: ومن اشترى نصف دار غير مقسوم، فقاسمه البائعُ: **أخذ الشفيعُ** النصفَ الذي صار للمشتري أو يدع؛ لأن القسمة من تمام القبض؛ لما فيها من تكميل الانتفاع، ولهذا يتم القبضُ بالقسمة في الهبة، **والشفيع لا ينقض** القَبضَ، وإن كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع، فكذا لا يُنْقَض ما هو من تمامه، بخلاف ما إذا باع أحدُ الشريكين نصيبَه من الدار المشتركة، **وقاسم المشتري** الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضُه؛ لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم، **فلم تكن القسمة** من تمام القبض الذي هو حكم العقد،

لتفريق الصفقة: حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحدًا، والبائع اثنين، واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة؛ لأنه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك. [العناية ٨/٣٤٥] **ههنا تفريعات إلخ:** تلك التفريعات ذكرها الكرخي في "مختصره" وبوّب عليها بابًا، فقال: وكذلك إذاكان الشراء بوكالة، فوكل رجل رجلين بشراء دار، ولهما شفيع، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، وإن كان الموكل رجلين والوكيل رجلاً واحداً لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين. [البناية ١٠/٤٦٧]

أخذ الشفيع: وليس له أن ينقض القسمة، بأن يقول للمشتري: ادفع إلى البائع حتى آخذ منه، سواء كانت القسمة بحكم، أو بغيره. [العناية ٨/٣٤٥] **والشفيع لا ينقض إلخ:** أي إذا قبض المشتري المبيع يأخذ الشفيع من المشتري، ولا يملك أن ينقض قبض المشتري المبيع، فيرده إلى البائع ويأخذ منه لتكون العهدة عليه، فكذا لا ينقض قسمته؛ لأنها من تمام القبض. [الكفاية ٨/٣٤٥-٣٤٦] وهذا لأن القبض بجهة البيع له حكم البيع، فكما لا يملك نقض البيع الأول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته.

وقاسم المشتري إلخ: أي قاسم المشتري مع الشريك الذي لم يبع كان للشفيع نقضه؛ لأن هذه القسمة لم تجر بين العاقدين، فلا يمكن جعلها قبضاً بحكم العقد، فجعلت مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة. [الكفاية ٨/٣٤٦] **فلم تكن القسمة:** لأن القسمة ما جرت بين المتعاقدين، فلم يمكن جعلها قبضاً بجهة العقد، وتكميلاً للقبض، فاعتبرت مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة. [البناية ١٠/٤٧٠]

بل هو تصرّف بحكم الملك، فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته. **ثم إطلاق الجواب** (المشتري) (المشتري) (المشتري)
في الكتاب يدل على أنَّ الشَّفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان، (الجامع الصغير) (بجواره أوغيره)
وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة. وعن
أبي حنيفة رحمه الله: أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها؛ لأنه لا يبقى جارًا (الشفيع) (الشفيع)
فيما يقع في الجانب الآخر. قال: (محمد) ومن باع داراً وله عبد مأذون عليه دَيْن، فله الشفعة، (وهو شفيعها)
وكذا إذا كان العبد هو البائع، فلمولاه الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة تملّك بالثمن،
فينزل منزلةَ الشراء؛ وهذا لأنه مفيد؛ لأنه يتصرف للغرماء، بخلاف ما إذا لم يكن (أخذه بالشفعة) (لا للمولى)
عليه دين؛ لأنه يبيعه لمولاه، ولا شفعة لمن يبيع له. قال: (محمد) **وتسليم الأب** والوصي الشفعةَ (أخذه بالشفعة)
على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد وزفر رحمهما الله: هو على
شفعته إذا بلغ. قالوا: وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراءُ دار بجوار دار الصبي، فلم يَطْلُبا (المشائخ) (الأب والوصي) (أي تركا)
الشفعة، وعلى هذا الخلاف **تسليمُ الوكيل** بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة، (من "المبسوط")

ثم إطلاق الجواب: وهو قوله: أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري. [الكفاية ٣٤٦/٨]
فينزل منزلة إلخ: أي فنزل الآخر بالشفعة بمنزلة الشراء ولو اشترى أحدهما من آخر يجوز؛ لأنه يفيد ملك اليد، فكذا الأخذ بالشفعة، وعند الثلاثة لا شفعة له.[البناية ٤٧١/١٠] **وتسليم الأب إلخ:** قد ذكرنا أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير؛ لاستوائهم في سببه، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامهما شرعاً في استيفاء حقوقه، وهو الأب، ثم وصيه، ثم جده أبو أبيه، ثم وصيه، ثم الوصي الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أحد من هؤلاء، فهو على شفعته إذا أدرك، فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان، أو سلم بعد الطلب سقطت.(العناية) **تسليم الوكيل إلخ:** لكن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في مجلس القاضي؛ لأن الوكيل بطلبها يقوم مقام الموكل في الخصومة، ومحلها مجلس القاضي، وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره؛ لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً، وعند محمد وزفر رحمهما الله حينئذ لا يصح منه التسليم أصلاً.[العناية ٣٤٦/٨]

وهو الصحيح. لمحمد وزفر رحمهما الله: أنه حق ثابت للصغير، فلا يملكان إبطاله كديته (الشفعة) وقَوَدِه (الأب والوصي)، ولأنه شُرِعَ لدفع الضرر، فكان إبطاله إضرارًا به (دفع الضرر). **ولهما:** أنه في **معنى التجارة** فيملكان تركه، ألا ترى أن من أوجب بيعًا للصبي صح ردّه من الأب والوصي، ولأنه دائر بين النفع والضرر، وقد يكون النظر في تركه؛ ليبقى الثمن على ملكه، والولاية نظرية فيملكانه (الأب والوصي)، **وسكوتهما** (الأب والوصي) كإبطالهما؛ لكونه دليلَ الإعراض (السكوت)، وهذا (الخلاف) إذا بيعت (الصبي) بمثل قيمتها، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابَنُ الناس فيه، قيل: جاز التسليم **بالإجماع**؛ لأنه **تَمَحَّض نظراً**، وقيل: **لا يصح بالاتفاق**؛ لأنه (الأب والوصي) لا يملك الأخذ، فلا يملك التسليم كالأجنبي، وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة، **فعن أبي حنيفة** رحمه الله، أنه لا يصح التسليم **منهما** أيضًا، ولا رواية **عن أبي يوسف** رحمه الله، والله أعلم.

وهو الصحيح: احتراز عما روي أن محمداً مع أبي حنيفة رحمه الله في جواز تسليم الوكيل الشفعة، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله. [العناية ٣٤٦/٨] **ولهما:** أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.(البناية) **معنى التجارة:** بل عينه، ألا ترى أنه مبادلة المال بالمال. **وسكوتهما:** أي سكوت الأب والوصي عن طلب الشفعة حين العلم ببيع الدار.(البناية) **بالإجماع:** أي بلا خلاف لمحمد وزفر والشافعي رحمهم الله. [البناية ٤٧٥/١٠]

تَمَحَّض نظراً: أي صار نظراً محضاً للصبي.(البناية) **لا يصح بالاتفاق:** أي بين أصحابنا، وفي "الكافي": وهو الأصح، وهكذا ذكره في "المبسوط". [البناية ٤٧٥/١٠] **فعن أبي حنيفة** رحمه الله: وإذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضاً؛ لأنهما لم يريا تسليمهما إذا بيعت بمثل الثمن، فلأن لا يريا إذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى، وإنما خص قول أبي حنيفة رحمه الله بالذكر؛ لأن المحابات الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة، ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير، ولكن قال: لا يصح التسليم في هذا؛ لأن تصرفهما في ماله إنما يكون بالتي هي أحسن، وليس تركها ههنا كذلك، ولهذا المعنى أيضًا خص قول أبي يوسف رحمه الله بقوله: "ولا رواية عن أبي يوسف"؛ لأنه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها. [العناية ٣٤٧/٨]

منهما: أي من الأب والوصي؛ لأن ولايتهما نظرية، والنظر في أحدها في مثل هذا لا في تسليمها.(البناية)

عن أبي يوسف: وإن كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها. [البناية ٤٧٦/١٠]

كتاب القسمة

قال: القسمة في الأعيان المُشْتَرَكة **مشروعة**؛ لأن النبي ﷺ **باشرها** في المغانم والمواريث،* وجرى التَّوارُثُ بها من **غير نكير، ثم هي لا تعرى** عن معنى المبادلة؛ لأن ما يجتمع لأحدهما بعضُه كان له، وبعضُه كان لصاحبه، فهو يأخذه عوضًا عمّا بقي من حقه في نصيب صاحبه،

المصنف

القسمة

كتاب القسمة: أورد القسمة عقيب الشُّفعة؛ لأن كلًا منهما من نتائج النصيب الشائع، فإن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه بطلب القسمة ومع عدمه، باع ووجب عنده الشفعة، وقدم الشفعة؛ لأن بقاء ما كان على ما كان. وهي في اللغة: اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء، وفي الشريعة: جمع النصيب الشائع في مكان معين، وسببها: طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص، وركنه: ما يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، والذرع في المزروعات، والعدد في المعدودات، وشرطها: أن لا تفوت منفعته بالقسمة، ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما. [العناية ٣٤٨/٨]

مشروعة: أي مشروعة بالكتاب، وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾. [البناية ٤٧٨/١٠]

باشرها: أما قسمته ﷺ في الغنائم، فقد ذكرناها في كتاب السير، وأما قسمة المواريث فقد أخرجه البخاري والنسائي وأبوداود والترمذي.(البناية) **غير نكير:** من أحد من الأئمة، وأفاد بهذا أن الأمة أيضاً أجمعت على جواز القسمة وفعلها. [البناية ٤٧٩/١٠] **ثم هى لا تعرى:** سواء كانت في ذوات الأمثال، أو في غير ذوات الأمثال. [العناية ٣٤٨/٨]

* أما قسمة المواريث، فمنها: ما أخرج البخاري عن هذيل بن شرحبيل قال: سئل أبو موسى الأشعري عن ابنة وابنة ابن وأخت، فقال: للبنت النصف، وللأخت النصف، وأن ابن مسعود فسيتابعني فسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبي موسى، فقال: "لقد ضللت إذًا وما أنا من المهدين" اقضي فيها بما قضى النبي ﷺ للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة للثلثين، وما بقي فللأخت، فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: "لا تأتوني ما دام هذا الحبر فيكم".[رقم ٦٧٣٦، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة]

فكان مبادلةً وإفرازاً، والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات؛ **لعدم التفاوت**، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حالَ غيبةِ صاحبه، ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحةً بنصفِ الثَّمن. ومعنى المبادلة **هو الظاهر** في الحيوانات والعروض للتفاوت، حتى لا يكون لأحدهما أخذُ نصيبه عند غيبة الآخر، ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه **مرابحةً بعد القسمة، إلا أنها** إذا كانت من جنس واحد أَجْبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز؛ **لتقارب المقاصد**،

فكان مبادلة وإفرازاً: لأنه ما من جزء إلا وهو مشتمل على النصيبين، فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصف ملكه، ولم يستفد من صاحبه، فكان إفرازاً، والنصف الآخر كان لصاحبه، فصار له عوضاً عما في يد صاحبه، فكان مبادلة. [الكفاية ٣٤٨/٨] **لعدم التفاوت:** أي في أبعاض المكيلات والموزونات؛ لأن ما يأخذه مثل حقه صورة ومعنى، فأمكن أن يجعل عين حقه، ولهذا جعل عين حقه في القرض وقضاء الدين. [البناية ٤٨١/١٠] **هو الظاهر إلخ:** فإن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين، فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكماً. [العناية ٣٤٨/٨]

مرابحة بعد القسمة: لما ذكرنا أن ما يصيب كل واحد منهما نصفه فيما كان مملوكاً، ونصفه عوضاً عما أخذه صاحبه من نصيبه.(البناية) **إلا أنها إلخ:** جواب لسؤال يرد على قوله: ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض، وفي "المغني": فإن قيل: لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبي عليها، أي في غير ذوات الأمثال، وبالإجماع يجبر، وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها، حتى أن الشريكين إذا اقتسما دارًا أو أرضاً بينهما بنى أحدهما في نصيبه بناء، ثم جاء مستحق واستحق الطائفة التي بَنى فيها، ونقض بناءه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء، ولو كان الرجحان لجانب المبايعة لتثبت الغرور كما لو اشترى، قلنا الجبر على هذه المبايعة باعتبار حق مستحق للغير، ألا ترى أن المشتري يجبر على تسليم الدار إلى الشفيع، وإن كان التسليم إليه مبايعة لحق الشفيع. [الكفاية ٣٥٠/٨] **لتقارب المقاصد:** باتحاد الجنس، فإن المقصود من الشاة مثل اللحم ولا يتفاوت كثيراً، ومن الفرس الركوب كذلك. [البناية ٤٨٢/١٠]

والمبادلة مما يجري فيه الجبرُ كما في **قضاء الدَّين**؛ وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصَّه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضي **إجابته**، وإن كانت أجناسًا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها؛ **لتعذر المعادلة** باعتبار فُحْش التفاوت في المقاصد، ولو تراضَوا عليها جاز؛ لأن الحق لهم. قال: وينبغي للقاضي أن يَنصَبَ قاسماً يرزقه من بيت المال ليَقسِم بين الناس بغير أجر؛ لأن القسمة **من جنس عمل** القضاء من حيث أنَّه يتم به قطع المنازعة، فأشبه رزق القاضي، ولأن منفعة نصب القاسم تعمّ العامة، فتكون كفايته في مالهم غُرْماً بالغنم. قال: **فإن لم يفعل** نَصَبَ قاسماً يَقْسِمُ بالأجر، معناه: بأجرٍ على المتقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص، ويُقَدَّرُ أجرُ مثله؛ كيلا يتحكم بالزيادة، والأفضل أن يرزقه من بيت المال؛ لأنه **أرفق بالناس**،

والمبادلة مما يجري إلخ: هذا أيضاً جواب عن إشكال، يعني لما قلتم: إنها تتضمن معنى المبادلة، فكيف يجبر، فأجاب بأن المبادلة مما يجري فيه الجبر مقصوداً.[البناية ٤٨٢/١٠] **قضاء الدين:** فإن المديون يجبر على القضاء مع أن الديون تقضى بأمثالها، فصار ما يؤدى بدلاً عما في ذمته، وهذا جبر في المبادلة قصداً وقد جاز.(العناية) **إجابته:** فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره.(العناية) **لتعذر المعادلة:** لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة، والتراضي في التجارة شرط بالنص. [العناية ٣٥٠/٨]

من جنس عمل إلخ: القسمة ليست بقضاء على الحقيقة، حتى لا يفرض على القاضي مباشرتها، وإنما الذي يفرض عليه جبر الآبي على القسمة، إلا أن لها شبهاً بالقضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء، حتى ملك القاضي جبر الآبي، ولم يملك الأجنبي ذلك، فمن حيث أنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث أنها تشبه القضاء يستحب أن يأخذ الأجر عليها.[الكفاية ٣٥١/٨] **فإن لم يفعل:** أي إن لم ينصب القاضي قاسماً يرزقه من بيت المال. [البناية ٤٨٤/١٠] **أرفق بالناس:** لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة إلى البعض. [العناية ٣٥١/٨]

وأبعد عن **التهمة**. ويجب أن يكون **عدلاً مأموناً** عالماً بالقسمة؛ لأنه من جنس عمل القضاء؛ ولأنه لابد من القدرة، وهي بالعلم، ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة. ولا يَجْبِرُ القاضي الناس على قاسمٍ واحدٍ، **معناه**: لا يجبرهم على أن يستأجروه؛ لأنه لا جبر على العقود، ولأنه لو تعيَّن **لتحكَّمَ بالزيادة** على أجر مثله، **ولو اصطلحوا** فاقتسموا جاز، إلا إذا كان فيهم صغير، فيحتاج إلى أمر القاضي؛ لأنه لا ولاية لهم عليه. قال: **ولا يَتْرُكُ القُسَّامَ** يشتركون؛ كيلا تصير الأجرةُ غاليةً بتواكلهم، وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت، فيرخص الأجر. قال: وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبويوسف ومحمد رحمهما الله: على قدر الأنصباء؛ لأنه مُؤْنَةُ الملك، فيتقدّر بقدره، **كأجرة الكيّال** والوزّان، وحفر البئر المشتركة، ونفقة المملوك المشترَك.

التهمة: أي تهمة الميل إلى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة.(الكفاية) **عدلاً مأموناً**: ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها؛ لجواز أن تكون غير ظاهر الأمانة. [الكفاية ٣٥١/٨] **معناه**: أي معنى كلام القدوري هذا.(البناية) **لتحكم بالزيادة**: وفيه ضرر عليهم، ولا ضرر في الإسلام. [البناية ٤٨٥/١٠] **ولو اصطلحوا**: أي الشركاء لم يرفعوا الأمر إلى القاضي، بل اقتسموا بأنفسهم باصطلاحهم فهو جائز؛ لأن في القسمة معنى المعاوضة، فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات. [الكفاية ٣٥١/٨]

ولا يترك القسام: أي لا يخلي القاضي القاسمين المعينين بأنفسهم على رأيهم في الاشتراك ولا يعيّنون، بحيث لا يتجاوز أمر القسمة عنهم إلى غيرهم؛ لأنه لو عينهم في الاستئجار لعل القسام يكلفون زيادة على أجر المثل، فيتضرر به المتقاسمون، بل يقول القاضي لكل واحد من المتقاسمين استبدانت بالقسمة من غير مشاركة الآخر، فكان كل واحد منهم مأذوناً مجازاً بالقسمة من جانب القاضي. [الكفاية ٣٥١/٨، ٣٥٢]

كأجرة الكيال إلخ: يعني إذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم، فالأجرة على قدر الأنصباء، وكذلك الوزّان والحافر.[العناية ٣٥٢/٨]

ولأبي حنيفة رحمه الله: **أن الأجر** مقابَل بالتمييز، وأنه لا يتفاوت، وربما يصعبُ الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر، فتعذر اعتباره، فيتعلق الحكم بأصل التمييز، بخلاف حفر البئر؛ لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت، والكيل والوزن إن كان للقسمة، **قيل: هو على الخلاف، وإن لم يكن للقسمة**، فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت، **وهو العذر** لو **أطلَق** ولا يُفصِّلَ، وعنه أنه على الطالب **دون الممتنع لنفعه**

التمييز — بالقلة والكثرة — بعض مشايخنا — بالقلة والكثرة — أبي حنيفة — الأجر كله

أن الأجر إلخ: تحقيقه: أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشي على الحدود؛ لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه، فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل؛ لأن الحساب يدقّ بتفاوت الأنصباء، ويزداد دقة بقلة الأنصباء، فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أشق، ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه، فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة، فيتعلق الحكم بأصل التمييز. [العناية ٣٥٢/٨]

قيل هو إلخ: هذا جواب عما يقال: كأجرة الكيال والوزان. [البناية ٤٨٨/١٠] **على الخلاف:** يعني إذا استأجروا رجلاً لكيل الحنطة المشتركة بينهم، أو لذرع ثوب مشترك بينهم، إن كان الاستئجار لأجل القسمة، فالمسألة على الخلاف. (النهاية) **وإن لم يكن للقسمة:** بأن اشتريا مكيلاً أو موزوناً وأمرا إنساناً بأن يكيله ليصير الكل معلوم القدر. [العناية ٣٥٢/٨]

وهو العذر: أي العذر هو أن الأجر مقابل بعمل الكيل والوزن لو أطلق، ولا يفصل أي لو أريد إجراء المسألة على الإطلاق من غير أن يفصل أنه للقسمة أو لا. [الكفاية ٣٥٢/٨] أي التفاوت هو العذر أي الجواب عن قياسهما على أجر الكيال والوزان لو كان الأجر يجب ثمنه مطلقاً بلا تفصيل على قدر الأنصباء، فإن كيل الكبير أشق وأصعب لامحالة من القليل، وكذلك الوزن بخلاف القسام، فإن القسمة إفراز والشريكان فيه سواء، فإن إفراز القليل إفراز الكثير لامحالة، وبالعكس. [البناية ٤٨٨/١٠]

أطلق: وإلى صحة رواية الإطلاق مال الإمام شمس الأئمة السرخسي حيث قال في "المبسوط" فأما أجر الكيال والوزان إلخ. [الكفاية ٣٥٢/٨] **دون الممتنع لنفعه:** روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أن الأجر على الطالب للقسمة دون الممتنع، وقال صاحباه: عليهما. له: أن الطالب للقسمة إنما يطلبها لمنفعة نفسه، والممتنع إنما يمتنع لضرر يلحقه بها، فلا معنى لإيجاب الأجرة على من لا منفعة له. [الكفاية ٣٥٢/٨]

ومضرّة الممتنع. قال: (القدوري) وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم **دار، أو ضيعة، وادّعوا** أنهم ورثوها عن فلان: لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى يُقيموا البينة (وطلبوا القسمة) على موته وعدد ورثته، وقال صاحباه: يَقسِمُها باعترافهم، ويذكر في كتاب القسمة (القاضي صك القاضي) أنه قسمها بقولهم، وإن كان المال المشترك ما سوى العقار، وادعوا أنه ميراث قَسَمَهُ في **قولهم جميعاً، ولو ادّعوا** في العقار أنّهم اشتروه قَسَمَهُ بينهم (منقولاً). **لهما: أن** اليدَ دليل الملك، والإقرارَ أمارة الصدق، ولا مُنازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث، والعقار المشترَى؛ **وهذا** لأنه لا مُنْكر ولا بينة إلا على المنكر، فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة (لما قالوا إقامة البينة القاضي) أنه قسمها بإقرارهم؛ ليقتصر عليهم **ولا يتعداهم**. وله: أن القسمة قضاء على الميت؛ (التقسيم) إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة، حتى لو حدثت الزيادة قبلها **تنفذ وصاياه** فيها، (في التركة القسمة)

دار أو ضيعة: قيد بهما؛ لأنه إذا كان في أيديهم عروض أو شيء مما ينقل قسم بإقرارهم بالاتفاق.(الكفاية)

وادعوا: قيد به؛ لأنهم لو ادعوا الشراء من غائب قسم بينهم بإقرارهم بالاتفاق.[الكفاية ٣٥٢/٨-٣٥٣]

قولهم جميعاً: أي في قول أبي حنيفة وصاحبيه.(البناية) **ولو ادعوا إلخ:** هذا لفظ القدوري.[البناية ٤٨٩/١٠]

لهما أن إلخ: يعني أن الامتناع عن القسمة إمّا أن يكون لشبهة في الملك، أو لتهمة في دعواه، أو لمنازع للمدعي في دعواه، ولا شيء من ذلك بمتحقق؛ لأن اليد دليل الملك.[العناية ٣٥٣/٨]

وهذا: أي جواز القسمة بإقرارهم بدون البينة.(البناية) **ولا يتعداهم:** وذلك لأن حكم القسمة بالبينة، بخلاف حكم القسمة بالإقرار؛ لأن حكم القسمة بالبينة يتعدى إلى الغير، حتى لو ادعت أم ولد هذا الميت أو مدبره العتق، فالقاضي يقضي لهما بالعتق، ولا يكلفهما إقامة البينة على الموت، وحكم القسمة بالإقرار لا يتعدى، ألا ترى أنه لا يقضي بالعتق في هاتين الصورتين، إلا ببينة تقوم على الموت كذا ذكره في الفصل الثاني من قسمة "الذخيرة".[الكفاية ٣٥٣/٨] **تنفذ وصاياه إلخ:** وعن هذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان، فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كأنه أوصى بهما. [العناية ٣٥٣/٨]

وتقضى ديونه منها، **بخلاف ما** بعد القسمة، وإذا كانت قضاء على الميت، فالإقرار ليس بحجة عليه، فلابد من البينة، **وهو مفيد**؛ لأن بعض الورثة ينتصب **خصماً عن المورث، ولا يمتنع** ذلك بإقراره **كما في الوارث**، أو الوصي المُقّر بالدين، فإنه يقبل البيّنة عليه مع إقراره، **بخلاف المنقول**؛ لأن في القسمة **نظراً** للحاجة إلى الحفظ، أما العقار فمُحصَّن بنفسه، ولأن المنقول **مضمون** على من وقع في يده، ولاكذلك العقار عنده، **وبخلاف المشتري**؛ لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم، فلم تكن القسمة قضاء على الغير. قال: وإن ادّعوا الملك، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم؛ لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير، فإنّهم ما أقروا بالملك لغيرهم،

بخلاف ما إلخ: فإن الزيادة للموصى له.(البناية) **وهو مفيد**: وهذا جواب عن قولهما: لأنه منكر، ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد، فقال: بل يفيد.(البناية) **خصماً عن المورث**: بأن يجعل أحد الحاضرين مدعياً والآخر مدعى عليه. [العناية ٣٥٣/٨] **ولا يمتنع إلخ**: وهذا جواب عما يقال: كل منهما مقر بدعوى صاحبه، والمقر لايصح خصماً للمدعى عليه فقال: لا يمتنع إلخ.[البناية ٤٩١/١٠]

كما في الوارث إلخ: أي كما لو ادعى رجل ديناً على الميت وقدم وارثاً من ورثته إلى القاضي، فأقر الوارث بحقه، فأراد الطالب أن يقيم البينة عند القاضي على حقه، ليكون حقه في جيمع مال الميت، ويلزم ذلك جميع الورثة، فإن القاضي يقبل بينته ويحكم له بدينه في جميع مال الميت؛ لأن المدعي يحتاج إلى إثبات الدَّين في حقه وحقٍ غيره، وكذا الوصي إذا أقر بالدَّين تقبل البينة عليه مع إقراره لبطلان إقراره. [الكفاية ٣٥٤/٨]

بخلاف المنقول: جواب عن قولهما: كما في المنقول الموروث.(العناية) **نظراً إلخ**: لأن العروض يخشى عليها من التوى والتلف، وفي القسمة تحصين وحفظ لها وذا لا يوجد في العقار.[البناية ٤٩١/١٠]

مضمون: بعد القسمة، وفي القسمة جعله مضموناً، وفي ذلك نظر للميت، بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه لا يصير مضموناً على من وقع في يده عنده.[العناية ٣٥٤/٨] **وبخلاف المشتري**: جواب عن قولهما: والعقار المشترى.[البناية ٤٩٢/١٠]

قال رضي الله عنه: هذه رواية كتاب القسمة. وفي "الجامع الصغير": أرض ادَّعاها رجلان، وأقاما البينة أنَّها في أيديهما وأرادا القسمة لم يَقسِمْها حتى يقيما البينة أنها لهما؛ الأرض
لاحتمال أن يكون لغيرهما، ثم قيل: **هو قول أبي حنيفة** رحمه الله خاصة، وقيل: هو قول الكل، **وهو الأصح**؛ لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه، وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه، ولا ملك، فامتنع الجواز. قال: وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة جواز القسمة القدوري وفات المورث
وعدد الورثة، **والدار في أيديهم** ومعهم وارثٌ غائب قسَمها القاضي بطلب الحاضرين، ويَنْصِبُ وكيلاً يَقْبِض نصيب الغائب، وكذا لو كان مكان الغائب صبي القاضي
يَقسم ويَنصِب وصيًّا يَقبض نصيبه؛ **لأن فيه** نظرًا للغائب والصغير، ولابدّ من إقامة البينة **في هذه الصورة** عنده أيضًا خلافاً لهما **كما ذكرناه** من قبل. ولو كانوا مشترين أبي حنيفة
لم يقسم **مع غيبة أحدهم**، والفرق: أن ملك الوارث ملك خلافة، حتى يردّ بالعيب، عن المورث

هو قول أبي حنيفة رحمه الله: وعندهما: تقسم بينهما؛ لأنهما يقسمان في الميراث بلا بينة، ففي هذا أولى.[العناية ٨/٣٥٤] **وهو الأصح**: لأن القسمة نوعان: قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، وقسمة لحق الدار لأجل الحفظ والصيانة، والثاني في العقار غير محتاج إليه، فتعين قسمة الملك، وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك، ولا ملك بدون البينة، فامتنع الجواز.[العناية ٨/٣٥٥] **والدار في أيديهم**: وكان ينبغي أن يقول: في أيديهما؛ لأن المذكور التثنية ولكن فيها معنى الجمع.[البناية ١٠/٤٩٤]

لأن فيه: أي بظهور نصيبهما مما في يد الغير، فإنه بالقسمة يعزل نصيب الغائب، فكان هذا محض نظر في حق الغائب والصغير.[الكفاية ٨/٣٥٥] **في هذه الصورة**: يعني فيما إذا كان معهما صبي عند أبي حنيفة رحمه الله كما إذا كان معهما غائب.(العناية) **كما ذكرناه إلخ**: يريد به قوله: لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته، وقال صاحباه: يقسمها باعترافهم. [العناية ٨/٣٥٥]

مع غيبة أحدهم: وإن أقاموا البينة على الشراء. [العناية ٨/٣٥٥]

ويردّ عليه بالعيب فيما اشتراه المورث، أو باع، **ويصير مغرورًا** بشراء المورث، (الوارثين) (المورث)
فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة (الحاضرين)
قضاء بحضرة المتخاصمين، أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ، ولهذا لا يردّ بالعيب (جديد) (المشتري)
على **بائع بائعه**، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب **فوضح الفرقُ**. وإن كان (من المشترين)
العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه: لم يُقسم، وكذا إذا كان في يد مودعه، (العقار) (لا يقسم) (العقار) (الغائب)
وكذا إذا كان في يد الصغير؛ لأن القسمة قضاء **على الغائب**، والصغير باستحقاق (لايقسم)
يدهما من غير خصم حاضر عنهما، **وأمين الخصم** ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه، (نائب) (الغائب والصغير) (المودع)
والقضاء من غير خصم لا يجوز، ولا فرق **في هذا الفصل** بين إقامة البيّنة وعدمها
هو الصحيح كما أطلق في الكتاب. قال: وإن حضر وارث واحد: لم يقسم، وإن (القدوري) (القدوري)
أقام البيّنة؛ لأنه لابد من حضور خصمين؛

ويصير مغروراً: صورته: اشترى المورث جارية ومات، واستولدها الوارث، ثم استحقت يكون الولد حراً بالقيمة، ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث. [العناية ٨/٣٥٥] **بائع بائعه:** لأن بائع البائع ليس بقائم مقام البائع.(البناية) **فوضح الفرق:** أي ظهر الفرق بين مسألة الإرث ومسألة الشراء.(البناية) **على الغائب:** بإخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم عنهما. [نتائج الأفكار ٨/٣٥٦] **وأمين الخصم إلخ:** هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر، تقديره: أن يقال: لم يجوز أن يكون المودع خصماً لكون العين في يده، فأجاب بأنه أمين الخصم. [البناية ١٠/٤٩٦] **في هذا الفصل:** إشارة إلى قوله: وإن كان العقار في يد الوارث الغائب، أو شيء منه لم يقسم. [الكفاية ٨/٣٥٦]

هو الصحيح: احتراز عما ذكر في "المبسوط"، وإن كان شيء من العقار في يد الصغير، أو الغائب لا يقسمها بإقرار الحضور، حتى يقوم البينة على أصل الميراث. [العناية ٨/٣٥٦] **كما أطلق:** وهو قوله: لم يقسم من غير ذكر إقامة البينة على الإرث. [الكفاية ٨/٣٥٦]

لأن الواحد لا يصلح مخاصِماً **ومخاصَماً**، وكذا مقاسِماً ومقاسَماً، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين **على ما بيّنا**. **ولو كان الحاضر** وكبيراً صغيراً، **نصَب القاضي** عن الصغير وصياً، وقسَم إذا أقيمت البيّنة، **وكذا إذا** حضر وارث كبير، ومُوْصَى له بالثلث فيها، فطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية: يقسِمه؛ لاجتماع الدار
الخصمين الكبير عن الميت والموصَى له عن نفسه، **وكذا الوصي** عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه.
الوصي الصبي

لأن الواحد إلخ: فالحاضر إن كان خصماً عن نفسه، فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب، وإن كان خصماً عنهما فما ثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة.[العناية ٣٥٦/٨] **ومخاصَماً:** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يحتاج إلى إقامة البينة، وقوله: مقاسِماً ومقاسَماً هذا عندهما؛ لأنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عندهما، وعن أبي يوسف رحمه الله: أن القاضي ينتصب عن الغائب خصماً، ويسمع البينة عليه، ويقسم الدار.[الكفاية ٣٥٦/٨]
على ما بيّنا: أراد به قوله: وإذا حضر وارثان وأقاما البيّنة إلخ.[البناية ٤٩٨/١٠]
ولوكان الحاضر إلخ: ذكرهذا تفريعاً على مسألة "القدوري".(البناية) **نصب القاضي إلخ:** وإنما ينصب القاضي عن الصغير وصيًا إذا كان حاضرًا، أما إذا كان غائبًا فلا ينصب عنه وصيًا؛ لأن القاضي لا ينصب الخصم عن الغائب إلا لضرورة، ومتى كان المدعى عليه صبيًا، ولو وقع العجز عن جوابه لم يكن عجزًا عن إحضاره، فلا ينصب القاضي خصمًا عنه في حق الحضرة، فلم يصح الدعوى؛ لأنها لا تصح من غير مدعى عليه حاضر، ولا كذلك إذا حضر؛ لأن الدعوى يصح عليه؛ لكونه حاضرًا، إلا أنه عجز عن الجواب، فينصب خصمًا يجيب عنه، بخلاف الدعوى على الميت؛ لأن إحضاره وجوابه لا يتصور، فينصب واحدًا في الأمرين جميعاً.[الكفاية ٣٥٦/٨-٣٥٧]
وكذا إذا إلخ: وهذا أيضاً ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري".(البناية) **وكذا الوصي إلخ:** أي وكذا الوصي خصم عن الصبي فيما إذا كان الحاضر كبيراً أو وصي الصبي.[البناية ٤٩٩/١٠]

فصل فيما يُقْسَم وما لا يُقْسَم

قال: (القدوري) وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه: قسَم (بعد القسمة) **بطلب أحدهم**؛ لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها (القسمة) عند طلب أحدهم، **على ما بيّناه** من قبل. وإن كان ينتفع أحدهم، ويُسْتضرُّ به الآخر لقلة نصيبه، فإن طلب صاحب الكثير: قَسَمَ (جبرًا)، وإن طلب صاحب القليل: لم يُقْسَمْ؛ لأن الأول (صاحب الكثير) منتفع به، **فيعتبر طلبه**، والثاني (صاحب القليل) **متعنّت في طلبه** (عادم النفعة) فلم يعتبر، وذكر الجصاص **على قلب هذا**؛ لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره، والآخر يرضى بضرر نفسه. وذكر الحاكم الشهيد في "مختصره": أن أيّهما طلب القسمة يَقْسِم القاضي، **والوجه اندرج فيما ذكرناه**، والأصح المذكور في الكتاب (القدوري) **وهو الأول**،

فيما يقسم: لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما في فصل على حدة.[نتائج الأفكار ٨/٣٥٧] **بطلب أحدهم:** جبراً على من أبى. **على ما بيناه إلخ:** إشارة إلى قوله: إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز؛ لتقارب المقاصد، والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلخ. [الكفاية ٨/٣٥٧]

فيعتبر طلبه: لأنّه طَالب بحقٍ ثابت له. [البناية ١٠/٥٠٠] **متعنت في طلبه:** أى متعنت في طلب القسمة، والقاضي يجيب المتعنت بالرد، وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الكثير.(الكفاية)

على قلب هذا: أي لو طلب صاحب القليل قسم، ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم، وذكر في بعض النسخ الخصاف مكان الجصاص، والأصح: هو الجصاص؛ لأن الأول قول الخصاف. [الكفاية ٨/٣٥٧]

والوجه اندرج: لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين، ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر.(العناية)

فيما ذكرناه: وهو ما ذكر؛ لأن الأول منتفع به، فاعتبر طلبه، وقوله: والآخر يرضى بضرر نفسه.(الكفاية)

وهو الأول: لأن رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئًا، وإنما الملزم طلب الانصاف من القاضي وإيصاله إلى منفعة، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل. [العناية ٨/٣٥٧]

وإن كان كل واحد منهما يُنْتَظَرُ لصغره لم يَقْسِمْها إلا بتراضيهما؛ لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما؛ لأن الحق لهما، **وهما أعرف بشأنهما**، أما القاضي فيعتمد الظاهر. قال: ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد؛ لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود، فيحصل التعديل في القسمة، والتكميلُ في المنفعة. ولا يَقْسِم الجنسين **بعضهما في بعض**؛ لأنه لا اختلاط بين الجنسين، فلا تقع القسمة تمييـــزًا، بل تقع معاوضةً، وسبيلها التراضي **دون جبر القاضي**. **ويقسم كل موزون** ومكيل، كثير أو قليل، والمعدود المتقارب، وتبر الذهب والفضة، والحديد والنحاس، والإبل بانفرادها، والبقر والغنم. **ولا يَقْسِمُ شاةً** وبعيرًا وبرذونًا وحمارًا، ولا يَقْسِم **الأواني**؛ لأنها باختلاف الصنعة **التحقت بالأجناس** المختلفة.

وهما أعرف بشأنهما: ولكن القاضي لا يباشر ذلك، وإن طلبوا منه؛ لأن القاضي لا يشتغل بما لافائدة فيه لاسيما إذا كان فيه إضرار وإضاعة للمال؛ لأن ذلك حرام، ولا يمنعهم من ذلك؛ لأن القاضي لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله في الحكم، وهذا من جملته. **بعضهما في بعض:** هذا لفظ القدوري في "مختصره" بأن جمع نصيب أحدهما في الإبل، ونصيب الآخر في البقر، وبه قال مالك والشافعي رحمهم الله. [البناية ٥٠٣/١٠]

دون جبر القاضي: لأن ولاية الإجبار للقاضي يثبت معنى التميـــيز.(البناية) **ويقسم كل موزون:** ذكر هذا تفريعًا على مسألة "القدوري".(البناية) **ولا يقسم شاة إلخ:** أي لا يقسم جبراً في هذه الأشياء قسمة جمع، بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة، ونصيب الآخر في البعير خاصة، بل يقسم الشاة بينهم جميعًا على ما يستحقون، وكذلك في البعير وغيره؛ لأن الأجناس إذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع لبعض المنفعة لا تكميلاً.[الكفاية ٣٥٨/٨] **الأواني:** من الذهب والفضة والنحاس بعضها في بعض.[البناية ٥٠٤/١٠]

التحقت بالأجناس: وإن كان أصلها واحداً كالإجانة والقمقمة، والطست المتخذة من الصفر مثلاً، وكذلك الأثواب المتخذة من القطن إذا اختلفت بالصنعة، كالقباء والجبة والقميص لا يقسم القاضي جبراً بعضها في بعض.[الكفاية ٣٥٨/٨]

ويقسم الثياب الهروية؛ لاتحاد الصنف **ولا يقسم ثوباً واحداً**؛ لاشتمال القسمة على الضَّرر؛ إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع، ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما؛ **لما بيّنا**، بخلاف ثلاثة أثواب إذا جُعِلَ **ثوب بثوبين**، أو ثوب وربعُ ثوبٍ بثوب، **وثلاثةُ أرباع ثوبٍ**؛ اختلفت قيمتها
لأنه قسمة البعض دون البعض، **وذلك جائز**. وقال أبوحنيفة رحمه الله: لا يَقْسِم الرقيق جبراً إلا بالتراضي
والجواهر؛ لتفاوتهما، وقالا: **يقسم الرقيق**؛ لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم. وله: أن التفاوت في الآدمي فاحش؛

ولا يقسم ثوبًا واحدًا: أي عند طلب أحد الشريكين دون الآخر؛ لاشتمال القسمة على ضرر؛ إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع، وفي قطعها إتلاف جزء منه، فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء، فإن رضيا بذلك جميعاً قسمه بينهما؛ لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر.[الكفاية ٨/٣٥٨] **لما بينا**: أي لأنه لا تتحقق إلا بالقطع؛ لأنه لا يمكن التعديل إلا بالقطع أو بزيادة دراهم مع الأوكس، ولا يجوز إدخال الدراهم في القسمة جبراً؛ لأن القسمة حق في الملك المشترك، والشركة بينهما في الثياب، فلو أدخل في القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح.[الكفاية ٨/٣٥٩]

ثوب بثوبين: يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر، يقسم القاضي بينهما، ويعطي أحدهما ثوباً، والآخر ثوبين.[العناية ٨/٣٥٩] **وثلاثة أرباع ثوب**: بأن كانت ثلاثة أثواب قيمة أحدها دينار وقيمة الآخر دينار، وربع دينار، وقيمة الآخر دينار، وثلاثة أرباع دينار، فإنه يقسم ويعطي الثوب الذي قيمته دينار وربع دينار لواحد، ويعطي الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار لآخر، والثوب الآخر يشترك بينهما أرباعاً، ربعه لمن أخذ الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار، وثلاثة أرباعه لمن أخذ الثوب الذي قيمته دينار وربع دينار.[البناية ١٤/١٥٠]

وذلك جائز: لأنه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك، ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء، فكذلك في البعض. [العناية ٨/٣٥٩] **يقسم الرقيق**: يعني أن الرقيق جنس واحد إذا كانوا ذكوراً أو إناثاً، ألاترى أن الرقيق يثبت في الذمة مهراً، ولا يثبت في الذمة سلماً كما في سائر الحيوانات، فكذا في القسمة. [الكفاية ٨/٣٥٩]

لتفاوت **المعاني الباطنة**، فصار كالجنس المختلف، **بخلاف الحيوانات**؛ لأن التفاوت فيها يقلُّ عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن **الذكر والأنثى** من بني آدم جنسان، ومن الحيوانات جنس واحد **بخلاف المغانم**؛ لأن حق الغانمين في المالية، حتى كان للإمام فلا قياس عليه بيعُها وقسمة ثمنها، وههنا يتعلق **بالعين والمالية** جميعاً فافترقا. وأما الجواهر فقد الغنائم الغنائم قيل: إذا اختلف الجنس لا يَقْسِم كاللآلي واليواقيت، وقيل: لايَقْسِم الكبار منها؛ لكثرة جبراً جبراً الآلي واليواقيت التفاوت، ويقسِم الصغارَ؛ لقلة التفاوت، وقيل: يجري الجوابُ على إطلاقه؛ لأن جهالة لا يقسم جبراً جبراً الجواهر أفحش من **جهالة الرقيق**، ألا ترى أنه لو تزوّج على لؤلؤة، أو ياقوتة، أو خالع عليها لا تصح التسمية، ويصح ذلك على عبد، فأولى أن لا يجبر على لؤلؤة أو ياقوتة التزوج أو الخلع القسمة. قال القدوري: **ولا يُقْسَم** حمام، ولا بئر، ولا رحى،

المعاني الباطنة: كالذهن والكياسة؛ لأن من العبيد من يصلح للأمانة، ومنهم من يصلح للتجارة، ومنهم من يصلح للفروسة والخياطة والكتابة، فمتى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فاته سائر المنافع.(الكفاية) **بخلاف الحيوانات إلخ:** جواب عن قولهما: لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم، وقيد بقوله: عند اتحاد الجنس احترازاً عما إذا اختلف الجنس، وأن الجنسين لا يقسم بعضها في بعض على مامر.[البناية ٥٠٨/١٠] **الذكر والأنثى:** حتى إذا اشترى شخصاً على أنه عبد، فإذا هو جارية لا ينعقد العقد، بخلاف سائر الحيوانات.[الكفاية ٣٥٩/٨] **بخلاف المغانم:** جواب عن قولهما: رقيق المغنم. [البناية ٥٠٨/١٠] **بالعين والمالية:** أي فافترق حكم رقيق المغنم وحكم شركة المالك، فلا يجوز، وقياسهما من أحدهما على الآخر.(البناية) **جهالة الرقيق:** والرقيق لا يقسم عند أبي حنيفة كالجواهر أولى. [البناية ٥٠٩/١٠] **ولا يقسم إلخ:** والأصل في هذا: أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما، بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس، وفي قسمة البئر والحمام والرُّحى ضرر لهما، أو لأحدهما، فلا يقسم إلا بالتراضي. [العناية ٣٦٠/٨]

إلا بتراضي الشركاء، وكذا الحائط بين الدارين؛ لأنها تشتمل على الضرر في الطرفين؛ إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً، فلا يَقْسِم القاضي بخلاف التراضي؛ **لما بيّنا**. قال: وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: إن كان الأصلحُ لهم قسمة بعضها في بعض قَسَمها، وعلى هذا **الخلاف الأقرحة** المتفرقة المشتركة. لهما: أنها جنس واحد اسمًا وصورةً نظراً إلى أصل السكنى، وأجناس معنى نظراً إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى، **فيفوّض الترجيح** إلى القاضي، وله: أن الاعتبار للمعنى، وهو المقصود، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً، فلا يمكن التعديل في القسمة، ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دارٍ، وكذا لو تزوّج على دار لا تصح التسمية كما هو **الحكم فيهما** في الثوب، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها؛

لما بينا: إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله: وإن كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما.[العناية ٨/٣٦٠] **الخلاف إلخ**: أي عندهما للقاضي أن يقسم بعضها في بعض كما في الدور، وعند أبي حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح على حدة؛ لأنها تتفاوت فيما هو المقصد منها من الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور والأجناس المختلفة. [الكفاية ٨/٣٦٠]

الأقرحة: جمع قراح، وهي: أرض خالية عن الشجر والبناء وغيرها.(البناية) **فيفوض الترجيح**: أي الرأي في ذلك له، فإن رأى أن يقسم كل دار قسم، وإن رأى الجمع فعل، كذا في "الفتاوى الظهيرية". [البناية ١٠/٥١١]

الحكم فيهما: أي في الوكالة والتسمية في المهر، أي: لو وكل رجلاً بشراء دار لا يصح التوكيل، كما لو وكله بشراء ثوب، وكذا لو تزوج امرأة على دار لا تصح التسمية كما لو تزوج على ثوب. [الكفاية ٨/٣٦٠-٣٦١]

لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً، فقُسِمت الدَّار قسمةً واحدة. قال ﷺ: تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مِصرَيْن لا تجمعان في القسمة عندهما، وهو **رواية هلال عنهما**. وعن محمد ﷺ: أنه **يُقْسَم إحداهما** في الأخرى، والبيوت في مَحَلَّة، أو محالّ تقسم قسمة واحدة؛ **لأن التفاوت** فيما بينها يسير، **والمنازلُ المتلازقةُ** كالبيوت، والمتباينةُ كالدور؛ لأنه بين الدار والبيت على ما مرّ من قبل، فأخذ شبهاً من كل واحد. قال: وإن كانت داراً وضيعة، أو داراً وحانوتاً يقسم كل واحد منهما على حدة؛ لاختلاف الجنس، قال ﷺ: جعل الدار والحانوت جنسين، وكذا **ذكر الخصاف**، وقال في إجارات "الأصل": إن **إجارة منافع** الدَّار بالحانوت لا تجوز،

رواية هلال عنهما: أي عن أبي يوسف ومحمد ﷺ، وهلال هو ابن يحيى المصري تلميذ أبي يوسف وزفر ﷺ، وهو يسمّى بهلال الرأي لفقهه.(البناية) **يقسم إحداهما إلخ**: لأنه جعلهما جنساً واحداً باعتبار اتحاد الاسم كما لو كان في مصر واحد.(البناية) **لأن التفاوت إلخ**: لأنّها لا تتفاوت في معنى السكنى ما ليست اسم لسقف واحد له دهليز، فلا يتفاوت في المنفعة عادة، ألاترى أنه يؤجر بأجرة واحدة في كل محلة. [البناية ٥١٣/١٠] **والمنازل المتلازقة**: إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقاً بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة، وإن كانت متفرقة يقسم كل منـــزل على حدة كان في محال أو في محلة؛ لأن المنـــزل فوق البيت ودون الدار، والتحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلازقة، وبالدار إذا كانت متباينة، والقاضي ينظر إلى أعدل الوجوه، فيمضي القسمة على ذلك. [الكفاية ٣٦١/٨]

ذكر الخصاف: وإنما خص الخصاف بالذكر؛ لأن هذه المسألة لم تذكر في كتاب محمد، ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي ﷺ. [العناية ٣٦١/٨] **إجارة منافع**: أي إجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لا تجوز، أما لو جعل عين الحانوت أجرة لمنافع الدار فتجوز، فإنما لا يجوز جعل منافع الحانوت أجرة لمنافع الدار. (النهاية)

وهذا يدل على أنهما **جنس واحد، فيُجْعَلُ في المسألة روايتان**، أو تُبْنى حرمة الربا الدار والحانوت
هنالك **على شبهة المجانسة**.

فصلٌ في كيفية القسمة

قال: **وينبغي للقاسم** أن يُصوِّر ما يَقْسِمُه؛ ليمكنه حفظه ويعدّله يعني يسوّيه على سهام القسمة، ويُرْوى يعزله أي يُقَطِّعه بالقسمة عن غيره، **ويَذْرَعُه** ليعرف قدره، ويقوّم البناء **لحاجته إليه** في الآخرة، ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشِرْبه، حتى لا يكون التقويم يتميز
لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلقٌ، فتنقطع المنازعة، ويتحقق معنى القسمة على التمام، بالإفراز
ثم يُلَقِّبُ نصيباً بالأول، والذي يليه بالثاني والثالث **على هذا، ثم يُخْرِجُ القرعةَ**، من أي جانب شاء

جنس واحد: بما عرف أن إجارة السكنى بالسكنى لا تجوز، وكذا إجارة أرض للزراعة بزراعة أرض أخرى لا تجوز. [الكفاية ٣٦١/٨] **في المسألة روايتان**: يعني إما يحمل ذلك على اختلاف الرواية، أو يقال: إنهما جنسان كما ذكره الخصاف. [البناية ٥١٥/١٠] **على شبهة المجانسة**: باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى، وفي "الكافي" للعلامة النسفي رحمه الله: كذا ذكره في "الهداية" وهو مشكل هذا الإشكال صدر من صاحب "الكافي" لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. [الكفاية ٣٦١/٨]

كيفية القسمة: لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم، شرع في بيان كيفية المقسم فيما يقسم؛ لأن الكيفية صفة، فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف. [نتائج الأفكار ٣٦٢/٨-٣٦٣]

وينبغي للقاسم إلخ: أي إذا شرع في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه، بأن يكتب على كاغدة أن فلاناً نصيبه كذا، وفلاناً نصيبه كذا؛ ليمكنه حفظه إن أراد رفع تلك الكاغدة إلى القاضي؛ ليتولى الأقراع بينهم بنفسه.(العناية) **لحاجته إليه**: إذ البناء يقسم على حدة، فربما يقع في نصيب أحدهم شيء منه، فيكون عالماً بقيمتها. [العناية ٣٦٢/٨] **على هذا**: أي على هذا الترتيب بأن يلقب الذي يلي الثالث بالرابع، والذي يلي الرابع بالخامس وهلم جراً. [البناية ٥١٧/١٠] **ثم يخرج القرعة**: بأن يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات، ثم يطوي كل بطاقة بعينها، ويجعلها في قطعة من طين، ثم يدلكها بين كفيه، حتى تصير مستديرة، فيكون شبيه البندقة. [الكفاية ٣٦٣/٨]

فمن خرج اسمه أولاً، فله السهم الأول، ومن خرج ثانياً، فله السهم الثاني. والأصل: أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء، حتى إذا كان الأقلُّ ثلثاً جعلها أثلاثاً، وإن كان سدساً جعلها أسداساً؛ لتمكن القسمة، وقد شرحناه **مشبعاً** في "كفاية المنتهي" بتوفيق الله تعالى. وقوله في الكتاب: ويفرز كل نصيب بطريقه وشِرْبِه بيان الأفضل، **فإن لم يفعل** أو لم يمكن: جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى، **والقرعةُ** لتَطْيـــيب القلوب وإزاحةِ تهمة الميل، حتى لو عيّن لكلٍّ منهم نصيباً من غير إقراعٍ: **جاز**؛ لأنه في معنى القضاء، فيملك الإلزام. قال: **ولا يدخل** في القسمة الدَّارهم والدنانير إلا بتراضيهم؛

فمن خرج: قال الإمام مولانا حميد الدين: صورته: أرض بين جماعة لأحدهم سدسها، ولآخر نصفها، ولآخر ثلثها يجعلها ستة أسهم، ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول، والذي يليه بالثاني، والثالث على هذا، ويكتب أساميهم ويجعلها قرعة، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، فإن كان ذلك يفي بسهمه، بأن كان صاحب السدس فله الجزء الأول، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه، وإن كان صاحب الصنف فله الجزء الأول واللذان يليانه. (النهاية)

مشبعاً: أي مستوفياً كاملاً من غير ترك شيء فيما يتعلق بهذا الباب.(البناية) **فإن لم يفعل:** أي فإن لم يفرز الطريق وبقي بينهم كما كان. [البناية ٥١٩/١٠] **والقرعة إلخ:** جواب الاستحسان، والقياس يأباها؛ لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة، وذلك قمار، ولهذا لم تجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة.(العناية) **جاز:** لأن القاسم لو قال: أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب، وأنت هذا الجانب كان مستقيماً، إلا أنه ربما يتهم في ذلك.[العناية ٣٦٣/٨]

ولا يدخل: أي لا يدخل الدراهم التي ليست من التركة؛ ليجبرها نقصان بعض الأنصباء. وصورته: دار بين جماعة، فأرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنه يجعل عوض البناء من الأرض، ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاء البناء من الدراهم، إلا إذا تعذر، فيحنئذ للقاضي ذلك.[الكفاية ٣٦٣/٨]

لأنه لا شركة في الدراهم، والقسمةُ **من حقوق الاشتراك**؛ ولأنه يفوت به التعديل في القسمة؛ لأن أحدهما يصل إلى عين العقار و دراهمُ الآخر في ذمته، **ولعلها لا تُسلَّم له**، وإذا كان أرض وبناء، فعن أبي يوسف رحمه الله أنه يَقْسِمُ كل ذلك على اعتبار القيمة؛ لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة **إلا بالتقويم**، وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يقسم الأرض بالمساحة؛ لأنه هو الأصل في الممسوحات. ثم يُردُّ من وقع البناء في نصيبه، أو من كان نصيبه أجودَ دراهمَ على الآخر حتى يُساويه، فَتدْخل الدراهمُ في القسمة ضرورةً كالأخ لا ولاية له في المال، ثم يملك تسمية الصداق **ضرورة التزويج**، وعن محمد رحمه الله أنه يردُّ على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العَرْصَة، وإذا بقي فضل و لم يمكن تحقيق التسوية، بأن كان لا تفي العرصة بقيمة البناء، فحينئذ يرد للفضل دراهم؛ **لأن الضرورة** في هذا القدر، فلا يُتْرَكُ الأصل إلا بها، **وهذا يوافق** رواية "الأصل".

قال: فإن قَسَمَ بينهم ولأحدهم مَسيل في نصيب الآخر، أو طريق لم يُشْتَرط في القسمة،

من حقوق الاشتراك: يعني القسمة لا تكون إلا فيما فيه اشتراك.(البناية) **ولعلها لا تسلم له:** أي ولعل الدراهم لا تسلم للآخر؛ لأنه من العلل، وليس ما يصل الرجل إليه في الحال، وما لا يصل معادلة، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة. [البناية ٥٢١/١٠] **إلا بالتقويم:** لأن القسمة لتعديل الأنصباء، ولا يمكن التعديل بين الأرض والبناء إلا بالتقويم، فيصار إليه.(البناية) **ضرورة التزويج:** أي لأجل ضرورة صحة النكاح؛ لأن النكاح ليس بمشروع بلا مهر.[البناية ٥٢٢/١٠]

لأن الضرورة إلخ: يعني لأن الضرورة دعت إلى إعطاء الدراهم في هذا القدر. [البناية ٥٢٣/١٠]

وهذا يوافق: لأنه قال فيه: يقسم الدار مزارعة، ولا يجعل لأحدهما على الآخر فضلاً من الدراهم وغيرها، كذا في بعض الشروح.[العناية ٣٦٤/٨]

فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه: ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر؛ لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر، **وإن لم يمكن** فسخت القسمة؛ لأن القسمة مختلّة لبقاء الاختلاط فتُسْتأنَفُ، **بخلاف البيع**، حيث لا يفسد في هذه الصورة؛ لأن المقصود منه تمليك العين **وأنه يجامع** تعذُّر الانتفاع في الحال؛ أما القسمة فلتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق، ولو ذكر الحقوق **في الوجه الأول كذلك الجوابُ**؛ لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز، وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلُّق بنصيب الآخر، وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر، **فيُصار إليه**. بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوقَ حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل؛ لأنه أمكن تحقيق معنى البيع، **وهو التمليك** مع بقاء هذا التعلق بملك غيره.

وإن لم يمكن: صرف الطريق والمسيل عنه.(البناية) **بخلاف البيع**: يعني فما إذا باع داراً أو أرضاً، فإنه لا يبطل؛ لعدم دخول الطريق والشرب في البيع؛ لأنهما لا يدخلان في البيع من غير ذكرهما، والمراد من الطريق: الخاص في ملك إنسان.[البناية ٥٢٤/١٠]

وأنه يجامع: أي البيع يجامع تعذر الانتفاع، كمن اشترى جحشاً صغيراً، أو أرضاً سبخة، فإنه يجوز وإن كان لا ينتفع به المشتري، فأما القسمة فالمقصود منها إيصال كل واحد منها إلى الانتفاع بنصيبه، وإذا لم يكن له مفتح إلى الطريق ولا مسيل ماء، فهذه قسمة وقعت على الضرر فلا يجوز.[الكفاية ٣٦٤/٨]

في الوجه الأول: أي فيما إذا أمكن صرف الطريق والمسيل عنه.[الكفاية ٣٦٤/٨]

كذلك الجواب: أي ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر مع ذكر الحقوق، ثم المراد من ذكر الحقوق أن يقول: هذا لك بحقوقه، وأما إذا قال: هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه، فإنه يثبت هذه الحقوق.[الكفاية ٣٦٤/٨-٣٦٥] **فيصار إليه**: أي فيصار إلى صرفها إلى غيرهما من غير ضرر له.(البناية)

وهو التمليك: أي إثبات الملك في العين.[البناية ٥٢٥/١٠]

وفي الوجه الثاني يدخل فيها؛ **لأن القسمة** لتكميل المنفعة، وذلك بالطريق والمسيل، فيـــدخل **عند التنصيص** باعتباره، وفيها معنى الإفراز، وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا، فباعتباره **لا يدخل** من غير تنصيص. **بخلاف الإجارة** حيث يدخل فيها بدون التنصيص؛ لأن كلَّ المقصود الانتفاعُ، وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشِّرب والطريق، فيدخل من غير ذِكْر. **ولو اختلفوا** في رفع الطريق بينهم في القسمة إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه، قسم الحاكم من غير طريق يُرْفَعُ لجماعتهم؛ لتحقّق الإفراز بالكلية دونه، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم؛ ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق. ولو اختلفوا **في مقـــداره**

وفي الوجه الثاني: أي فيما إذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه.[الكفاية ٨/٣٦٥] **لأن القسمة إلخ:** لأن معنى الإفراز لما كان مراعى في القسمة كان ينبغي أن لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب صاحبه، وإن ذكر الحقوق في القسمة؛ لأنه حينئذ لا يحصل الانقطاع والإفراز من كل وجه، لكن في القسمة وإن كان معنى الإفراز، ففيها معنى تكميل المنفعة، فاعتبر كلاهما بهذا الطريق.[الكفاية ٨/٣٦٥] **عند التنصيص:** تقريره: أن في القسمة تكميلاً وإفرازاً، والحقوق بالنظر إلى التكميل تدخل وإن لم تذكر، وبالنظر إلى الإفراز لا تدخل وإن ذكرت؛ لأن دخولها ينافي الإفراز، فقلنا: يدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه؛ إعمالاً للوجهين بقدر الإمكان.[العناية ٨/٣٦٥] **لا يدخل:** أي كل واحد من الطريق والمسيل.[البناية ١٠/٥٢٦] **بخلاف الإجارة إلخ:** هذا يتعلق بقوله: بخلاف البيع.[البناية ١٠/٥٢٦] **ولو اختلفوا إلخ:** ذكره تفريعاً على مسألة القدوري.[البناية ١٠/٥٢٦] فقال بعضهم: لا ندع طريقاً مشتركاً بيننا، بل نقسم الكل، وقال بعضهم: بل ندع ينظر القاضي فيه إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه.[العناية ٨/٣٦٥] **في مقداره إلخ:** أي في سعته وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله؛ لأن باب الدار طريق متفق عليه، والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه؛ ولأنه إذا اكتفى بذلك في المدخل، فكذا في السلوك.[الكفاية ٨/٣٦٦]

جُعل على عَرْض باب الـــدار وطوله؛ لأن الحاجة **تندفع به**. والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة؛ لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه، ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثًا جاز، وإن كان أصل الدار نصفين؛ لأن القسمة على التفاضل **جائزة بالتراضي**. قال: **وإذا كان سفل** لا عُلو عليه، وعلو لا سفل لـــه، وسفل له علو: **قَوّم كلّ واحـــد** على حدته، وقَسَم بالقيمة ولا مُعْتَبر **بغير ذلك**. قال رضي الله عنه: **هـــذا عند محمد** رحمه الله، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إنه يُقْسَم بالذرع،

تندفع به: فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك، وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى، هي أن أحد الشركاء إذا أراد أن يشرع جناحاً في نصيبه إن كان فوق طول الباب كان له ذلك؛ لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم، فكان بانياً على خالص حقه، وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك؛ لأن قدر طوله مشترك بينهم فصار بانياً على الهواء المشترك، وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء، وإن كان المقسوم أرضاً يرفع من الطريق بمقدار ما يمر فيه ثور واحد؛ لأنه لابد للزراعة من ذلك، ولا يجعل مقدار ما يمر فيه ثوران معاً، وإن كان محتاجاً إلى ذلك؛ لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة، فيؤدي إلى ما لا يتناهى كذا في "النهاية". [العناية ٨/٣٦٥-٣٦٦]

جائزة بالتراضي: لأن من رضي أن يترك حقه لا يعترض عليه. (البناية) **وإذا كان سفل إلخ**: صورة المسألة: أن يكون علو مشتركاً بين رجلين وسفله لآخر، وسفل مشتركاً بينهما وعلوه لآخر، وبيت كامل مشتركاً بينهما، والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة، وطلبا من القاضي القسمة، وإنما قيدنا بذلك؛ لئلا يقال: تقسيم العلو من السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله. (العناية) **قوم كل واحد**: فإن كان قيمتهما سواء كان ذراع بذراع، وإن كان قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر بحسب ذراع بذراعين، وعلى هذا الحساب. [العناية ٨/٣٦٦-٣٦٧]

بغير ذلك: أي بغير التقويم والقسمة بالقسمة. (البناية) **هذا عند محمد** رحمه الله: أي قال المصنف رحمه الله هذا المذكور في القدوري عند محمد رحمه الله. [البناية ١٠/٥٢٩]

لمحمد رحمه الله: أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر مـــاء، أوسرداباً، أو إصطبلاً **أو غير ذلك**، فـــلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة. وهما يقولان: إن القسمة بالذرع هي الأصل؛ لأن الشركة في المذروع لا في القيمة، فيصار إليه ما أمكن، **والمُراعى التسويةُ** في السكنى لا في المرافق، **ثم اختلفا** فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع، فقال أبو حنيفة رحمه الله: ذراع من سفل بذراعين من علو. وقال أبو يوسف رحمه الله: ذراع بذراع، قيل: **أجاب كل منهم** على عادة أهل عصره، أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو، واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى، وقيل: هو **اختلاف معنى**. ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله: إن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه؛ لأنها تبقى بعد فوات العلو، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل، وكذا السفل فيه **منفعة البناء** والسكنى، وفي العلو السكنى لا غير؛ إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل. ولأبي يوسف رحمه الله: أن المقصود أصل السكنى، وهما متساويان فيه، والمنفعتان متماثلتان؛ **لأن لكل واحد**

فصارا كالجنين — أبو حنيفة وأبو يوسف — الأصل — التوابع والمنافع — لذا يقيم بالقيمة — تزيد — صاحب العلو — العلو والسفل — العلو والسفل

أو غير ذلك: نحو المطبخ وبيت الحطب والتبن والطاحونة ونحوها والعلو لا يصلح لهذه الأشياء ولايصلح إلا للمفرقة.(البناية) **والمراعى التسوية**: وأراد بالمراعى الاعتبار وهو بفتح العين.(البناية) **ثم اختلفا**: أبوحنيفة وأبو يوسف رحمهما الله.(البناية) **أجاب كل منهم**: أي أجاب أبو حنيفة رحمه الله بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو، وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى، ومحمد رحمه الله على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى.[العناية ٣٦٧/٨] **اختلاف معنى**: أي حجة وبرهان قيل: إن الاختلاف يعني الفقهاء.[البناية ٥٣٠/١٠] **منفعة البناء**: فلو أراد أنه يحفر في سفله سرداباً لم يكن لصاحب العلو منعه ذلك.[البناية ٥٣٢/١٠] **لأن لكل واحد إلخ**: أي كان لصاحب العلو أن يبني إذا لم يضر لصاحب السفل، ولصاحب السفل أن يحفر إذا لم يضر لصاحب العلو.

منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله. ولمحمد رحمه الله: أن المنفعة تختلف باختلاف الحـــرّ والبرد بالإضافة إليهما، **فلا يمكن التعديل** إلا بالقيمة، **والفتوى اليوم** على قول محمد رحمه الله، وقوله: لا يفتقر إلى التفسير. وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألـــة الكتاب: أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد **ثلاثة وثلاثون** وثلثُ ذراعٍ من **البيت الكامل؛ لأن العلو مثل** نصف السفل، فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل وستة وستون وثلثان من العلو المجرد، **ومعه ثلاثة وثلاثون** وثلثُ ذراع من العلو، فبلغت مائةَ ذراع تساوي مائةً من العلو المجرد، ويُجْعل بمقابلة مائةِ ذراع من السفل المجرَّد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع؛ **لأن علوّه مثل** نصف سفله،

فلا يمكن التعديل إلخ: لأن المراد من القسمة التعديل، فيصار إلى القيمة.(البناية) **والفتوى اليوم إلخ:** كذا في "المبسوط" و"الذخيرة" و"المغني" و"المحيط"، وبه قالت الثلاثة.(البناية) **ثلاثة وثلاثون:** لأن الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أذرع من العلو المجرد، فإذا ضربت الثلاثة في ثلاثة والثلاثين وثلث ذراع يكون مائة، فيسوي الثلاثة والثلاثين وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد. [البناية ٥٣٣/١٠] **البيت الكامل:** أي المشتمل على العلو والسفل.[الكفاية ٣٦٩/٨]

لأن العلو مثل إلخ: فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل، وموضع هذه المسألة أنها في دار واحدة، وعنده تقسم إذا كانت في دار واحدة.[الكفاية ٣٦٩/٨] **ومعه ثلاثة وثلاثون إلخ:** لأن الذراع الواحد من البيت الكامل إنما كان في تقدير ذراعين أحدهما من السفل والآخر من العلو.(النهاية)

لأن علوه مثل إلخ: فإن ذراعاً من سفل بذراعين من علو عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن كل ذراع من البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من السفل، وهذا معنى قوله: لأن علوه مثل نصف سفله، فإذا ضربت الواحد والنصف في ستة وستين وثلثي ذراع، يكون مائة لامحالة، فيستوي الستة والستون والثلثان من البيت الكامل مع مائة ذراع من السفل المجرد.

فبلغت مائةَ ذراع كما ذكرنا، والسفل المجرَّد ستة وستون وثلثان؛ لأنه ضعف العلو، فيجعل بمقابلة مثله. وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله: أن يُجْعَلَ بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائةُ ذراع من السفل المجرد، أو مائة لأن السفل والعلو عنده سواء، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنـــزلة مائة ذراع: خمسون منها سفل، وخمسون منها علو. قال: **وإذا اختلف المتقاسمون وشَهِدَ القاسمـــان**: قُبِلَتْ شهادتهما، قال رضي الله عنه: هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: لا تُقْبل، وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً، وبه قال الشافعي رحمه الله، وذكر الخصاف قول محمد رحمه الله مع قولهما، وقاسما القاضي وغيرُهما سواء. لمحمد رحمه الله: أنهما أشهدا على فعل أنفسهما، **فلا تقبل** كمن علّق عِتْقَ عبده بفعل غيره، فشهد ذلك الغير على فعله، ولهما: أنهما شهدا على فعل غيرهما، وهو الاستيفاءُ والقبضُ لا على فعل أنفسهما؛

القدوري — أبي يوسف رحمه الله — في أدب القاضي — ومالك وأحمد — لا يقبل قوله — شاهدان — المتقاسمين

فبلغت: أي الأذرع التي تقدر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد، فبلغ المائة؛ لأنه أخذ من البيت الكامل ستة وستون ذراعاً، وثلثا ذراع بمقابلة مثلها من السفل المجرد، ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع؛ لأن لهذا العدد من البيت الكامل أعني ستة وستين وثلثي ذراع علوًّا، وهو يقدر بنصف هذا، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث، فكان المجموع مائة، وكانت هذه المائة من البيت الكامل بمقابلة مائة من السفل المجرد.(النهاية)

وإذا اختلف المتقاسمون: بأن قال أحدهم: بعض نصيـــبي في يد صاحبي، وأنكر الآخرون ذلك.(النهاية) ذكره القدوري ولم يذكر خلافاً، وكأنه مال إلى قول الخصاف، فإنه ذكر قول محمد رحمه الله كقولهما.[العناية ٣٦٩/٨]

وشهد القاسمان: أي إذا كان قسمت الدار أو الأرض بين الورثة أو المشتريـــين، فأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه، فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة أنه استوفى نصيبه قبلت شهادتهما.[الكفاية ٣٦٩/٨]

فلا تقبل: لأنهما متهمان في هذه الشهادة.[البناية ٥٣٦/١٠]

لأن فعلهما التمييز، ولا حاجة إلى الشهادة عليه، أو لأنه **لا يصلح مشهوداً به**؛ لما أنه **غير لازم**، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء، وهو فعل الغير، فُتقْبَلُ الشهادة عليه. وقال الطحاوي رحمه الله: إذا قُسِما بأجر لا تُقْبَل الشهادة بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله؛ لأنهما يدّعيان إيفاء عمل استُؤجِرا عليه، فكانت شهادةً صورةً ودعوى معنى **فلا تُقْبَل**، إلا أنا نقول: هما لا يجرّان بهذه الشهادة إلى أنفسهما مَغْنَماً لاتفاق الخصوم على إيفائهما العملَ المستأجرَ عليه، وهو التمييز، وإنما الاختلاف في **الاستيفاء** فانتفت التهمة. **ولو شَهِدَ** قاسم واحد: لا تُقْبَل؛ لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير، ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر: يُقْبَلُ قولُ الأمين في دفع الضمان عن نفسه، **ولا يقبل** في إلزام الآخر إذا كان منكراً، والله أعلم.

لا يصلح مشهوداً به: أي فعل أنفسهما الذي هو التمييز لا يلزم حكماً، فلا يكون مقصودًا، فلاتكون الشهادة عليه من حيث المعنى.(البناية) **غير لازم:** قيل: لأن الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح إذا كانت القسمة بتراضيهما، أما إذا كان القاضي أو نائبه يقسم، فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح.[العناية ٣٦٩/٨] **فلا تقبل:** لأن المدعي لا تقبل شهادته.(البناية) **الاستيفاء:** أي استيفاء بعض الحقوق.(البناية) **ولو شهد إلخ:** ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري".[البناية ٥٣٨/١٠] **ولا يقبل إلخ:** لأن قول الأمين حجة واقعة غير ملزمة. [البناية ٥٣٩/١٠]

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال القدوري: إذا ادّعى أحدهم الغلط في القسمة وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه، **وقد أشهد** قال على نفسه بالاستيفاء، لم يُصَدَّق على ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدّعي **فسخ القسمة** بعد وقوعها، فلا يُصدَّق إلا بحجة. فإن لم يكن له بيّنة **استَحْلَفَ الشركاء**، فمن نكل منهم: جُمِعَ بين نصيب الناكل والمدّعي، فيُقْسَم بينهما على قدر أنصبائهما؛ لأن النكول حجة في حقه خاصةً، فيعاملان على زعمهما، قال رضي الله عنه: ينبغي أن **لا تُقْبَلَ** الناكل والمدعي **دعواه** أصلاً لتناقضه، **وإليه أشار** من بعد.

باب دعوى إلخ: لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع، وأن لا تقع أخرّ ذكره.[نتائج الأفكار ٨/٣٧٠] **وقد أشهد إلخ:** أي والحال أنه قد أشهد على نفسه، وفسره في "المبسوط" أي أقر بالاستيفاء، وكذا قال تاج الشريعة، أي أقر أنه استوفى نصيبه. [البناية ١٠/٥٣٩] **فسخ القسمة:** كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيار الشرط.(العناية) **استحلف الشركاء:** لأنهم لو أقروا لزمهم، فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول، فمن حلف لا سبيل عليه، ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب، ولا تحالف؛ لوجود التناقض في دعواه.[العناية ٨/٣٧٠]

لا تقبل دعواه إلخ: يعني وإن أقام البينة لتناقضه؛ لأنه إذا أشهد على نفسه أي: أقر بالاستيفاء، عبارة عن قبض الحق بكماله، فكان الدعوى بعد ذلك تناقضاً.[العناية ٨/٣٧١] **وإليه أشار إلخ:** وهو قوله: وإن قال: أصابني إلى موضع كذا، فلم يسلم إلي و لم يشهد على نفسه بالاستيفاء تحالفا، ففي هذا إشارة إلى أنه لا تقبل دعواه فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء؛ لأن عدم التحالف عند الإشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى، إلا أن التناقض مانع لصحة الدعوى، ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى، ألا ترى أنه يجري التحالف عند صحة الدعوى؛ لوجود موجب التحالف، وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فكان هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع.[الكفاية ٨/٣٧١]

وإن قال: قد استَوْفَيْتُ حقي وأخذتُ بعضَه، فالقولُ قولُ خصمه **مع يمينه**؛ لأنه يدعي عليه الغَصْبَ وهو مُنكِر، وإن قال: أصابني إلى موضع كذا، فلم يُسلّمه إلي، و لم يشهد على نفسه بالاستيفاء، **وكذّبه شريكه**: تحالفا وفُسِخَتَ القسمة؛ لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم. **ولو اختلفا في التقويم لم يُلْتَفَت إليه**؛ لأنه دعوى الغَبْن، ولا مُعتبر به في البيع، فكذا في القسمة؛ لوجود التراضي، **إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، والغبن فاحش**؛ لأن تصرفّه مقيَّد بالعدل.

لفظ القدوري — لفظ القدوري — بين المتعاقدين — في كتاب الدعوى — القاضي

مع يمينه: وعجز عن إقامة البينة.[العناية ٣٧١/٨] **وكذبه شريكه**: أي في قوله: أصابني إلى موضع كذا.[البناية ٥٤١/١٠] **ولو اختلفا إلخ**: ذكر هذا تفريعاً على مسألة "القدوري"، وذكر الإسبيجابي في شرح "القدوري": وإن اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة، والآخر خمس وأربعون شاة، ثم ادعى صاحب الأوكس غلطاً في التقويم لم تقبل بينته في ذلك.[البناية ٥٤٢/١٠]

لم يلتفت إليه: لو اختلفا في التقويم، فلا يخلو إما أن يكون يسيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المتقومين، فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه، سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأن الاحتراز عن مثله عسير جداً، وإن كان الثاني، فإن كانت القسمة بقضاء القاضي تفسخ عن الكل؛ لأن التراضي منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد، وإن كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله، هذا الفصل في الكتاب، وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن في البيع لا تصح؛ لأنه لا فائدة فيه، فإن البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش، ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة، وإذا ظهر في القسمة غبن فاحش كان شرط جواز القسمة فائتاً، فيجب نقضها، والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله، كان يأخذ بالقول الأول، وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني، كذا في "الذخيرة"، وفي "فتاوى قاضي خان": جعل القول الأخير أولى.

ولو اقتسما داراً، وأصاب كل واحد طائفة، فادّعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة، وأنكر الآخر: فعليه إقامةُ البينة؛ **لما قلنا**. وإن أقاما البيّنة يؤخذ ببيّنة المدعي؛ لأنه خارج وبيّنة الخارج تترجح على بينة ذي اليد، وإن كان قبل الإشهاد (المدعي) على القبض: تحالفا وترادّا، وكذا **إذا اختلفا** في الحدود وأقاما البيّنة: يقضى لكل واحد (الإقرار بالقبض) بالجزء الذي هو في يد صاحبه؛ **لما بيّنا**. وإن قامت لأحـــدهما بينة **قضي له**، وإن لم تقُم لواحـــد منهما **تحالفا** كما في البيع. (القسمة) (البينة)

فصل

قال: وإذا استحق بعضَ نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله، ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه، وقال أبو يوسف رحمه الله: تفسخ القسمة. (القدوري)

قال رضي الله عنه: ذكر **الاختلاف** في استحقاق بعض بعينه، (القدوري)

ولو اقتسما داراً: هذه المسألة عين مسألة أول الباب، إلا أنها أعيدت لبناء مسألة أخرى عليها.(الكفاية)

لما قلنا: إشارة إلى قوله: لم يصدق على ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها.(العناية)

إذا اختلفا: بأن قال أحدهما: هذا الحد لي قد دخل في نصيبه، وقال الآخر: هذا الحد لي قد دخل في نصيبه. [الكفاية ٣٧٣/٨] قيل: صورته: دار اقتسمها رجلان، فأصاب أحدهما جانب منه، وفي طرف حده بيت في يد صاحبه، وأصاب الآخر جانب، وفي طرف حده بيت في يد صاحبه، فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده، وأقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه.[العناية ٣٧٣/٨]

لما بينا: أي بينة الخارج أولى؛ لأنه أكثر إثباتاً.(البناية) **قضي له**: أي لمن قام له البينة. **تحالفا**: يعني يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وبعد التحالف يرد القسمة.(البناية) **فصل**: أي هذا فصل في بيان الاستحقاق.[البناية ٥٤٤/١٠] **الاختلاف**: فيه نظر، فإن قول القدوري: "إذا استحق بعض نصيب أحـــدهما بعينه" ليس بنص في ذلك؛ لجـــواز أن يكون قوله: بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض.[العناية ٣٧٣/٨، ٣٧٤]

وهكذا **ذكر في "الأسرار"**. والصحيح: أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من (بين الشيخين) نصيب أحدهما، فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع، ولو استُحِقَّ بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق، فهذه **ثلاثة أوجه**، ولم يَذْكر (القدوري) قول محمد رحمه الله، **وذكره أبو سليمان** مع أبي يوسف رحمهما الله، وأبو حفص مع أبي حنيفة رحمهما الله، وهو الأصح. (قوله محمد) لأبي يوسف رحمه الله: أن باستحقاق بعض شائع ظَهَر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضاه باطلة كما إذا استحقّ بعض شائع في النصيبين؛ **وهذا** لأن باستحقاق جزء شائع (فتنقض القسمة) (الشريك الثالث) **ينعدم معنى القسمة**، وهو الإفراز؛ لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر (الاستحقاق) شائعاً، بخلاف المُعَيَّن، ولهما: أن معنى الإفراز **لا ينعدم** باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء،

ذكر في "الأسرار": أي ذكر الاختلاف في "الأسرار" في استحقاق بعض بعينه كذا هنا، وقع سهواً؛ لأن وضع المسألة في "الأسرار" في استحقاق بعض شائع، والمذكور فيه دار بين رجلين اقتسماها نصفين، ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعاً لم تبطل القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن يخير المستحق عليه إن شاء رد الباقي واقتسم ثانياً، وإن شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق ولم ينقض.[الكفاية ٣٧٤/٨]

ثلاثة أوجه: والحاصل: أن المسألة على ثلاثة أوجه، ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعاً لا ينقض القسمة بالاتفاق، وفي استحقاق بعض شائع في النصيبين ينقض القسمة بالاتفاق، وفي استحقاق بعض شائع في أحد الطرفين لا ينقض القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، وهي مسألة الكتاب. **وذكره أبو سليمان**: أي وذكر أبو سليمان قول محمد مع أبي يوسف رحمهما الله.[البناية ٥٤٦/١٠]

وهذا: أي بطلان القسمة أيضاً في ظهور الاستحقاق في بعض شائع في النصيبين.[البناية ٥٤٧/١٠]

ينعدم معنى القسمة إلخ: أما فيما ظهر فيها الاستحقاق فظاهر، وكذلك في نصيب الآخر؛ لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً، بخلاف المعين؛ لأن باستحقاق بعض معين يبقى الإفراز فيما وراء ذلك البعض.[الكفاية ٣٧٤/٨-٣٧٥] **لا ينعدم إلخ**: لأنه لايوجب الشيوع في نصيب الآخر.[البناية ٥٤٧/١٠]

بأن كان النصف المقدَّم مشتركاً بينهما وبين ثالث، والنصفُ المُؤخَّر بينهما لا شركةَ لغيرهما فيه، فاقتسما على أن لأحـــدهما ما لَهُما من المقدّم، وربع المؤخَّر يجوز، فكذا (النصف المؤخر) (بالطريق الأولى) في الانتهاء، وصار **كاستحقاق شيء** معين، **بخلاف الشائع** في النصيبين؛ لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين، أما ههنا فلا ضرر بالمُسْتَحَقِّ **فافترقا**، وصورة المسألة: إذا أخذ أحدهما الثلث المقدّم من الدار، والآخر الثلثين من (مسألة الكتاب) المؤخر، **وقيمتهما سواء**، ثم استحق النصف المقدم، فعندهما إن شاء نَقَضَ القسمة (نصف الثلث المتقدم) دفعاً لعيب التشقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخَّر؛ لأن لو استحقَّ كلَّ المقدَّم رجع بنصف ما في يده، فإذا استحق النصف (ثلاث مائة) (الآخر) (النصف المقدم) **رجع بنصف النصف**، وهو الرُّبع اعتباراً للجزء بالكل أيضاً. (وقيمته مائة وخمسون)

بأن كان النصف: أي لواحد منهم نصف، والنصف الآخر بين اثنين على السوية، والمؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضاً، فاقتسم الاثنان على أن يأخذ نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر، ويأخذ الآخر ما بقي من ذلك، وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر، فيكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان جميع الدَّار؛ لأن حقهما بعد نصيب الثالث سبعة أربَاع جميع الدار، وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى.[الكفاية ٨/٣٧٥-٣٧٦]

كاستحقاق شيء إلخ: أي في عدم انتفاء معنى الإفراز.(البناية) **بخلاف الشائع إلخ:** جواب عما قال أبو يوسف رحمه الله: كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين.(البناية) **فافترقا:** أي الحكمان في المقيس والمقيس عليه في النصيبين؛ لأنه يحتاج إلى قسمة في يدكل واحد منهما، فتفرق نصيبه.[البناية ١٠/٥٤٨]

وقيمتهما سواء: بأن يكون قيمة الدار ألفاً ومأتي درهم مثلاً، وقيمة الثلث المقدم ست مائة درهم، وقيمة ما بقي مثله. **رجع بنصف النصف:** فيصير في يد كل من الشريكين أربع مائة وخمسون درهماً، والمجموع تسع مائة، وهو ثلاثة أرباع ألف ومأتين.

ولو باع صاحب المقدَّم نِصْفَه، ثم استحقَّ النصف الباقي شائعاً رجع بربع ما في يد الآخر عندهما؛ **لما ذكرنا**، وسقط خيارهُ ببيع البعض، وعند أبي يوسف رحمه الله: ما في يد صاحبه بينهما نصفان، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه؛ لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده، **والمقبوض** بالعقد الفاسد مملوكٌ فنفذ البيعُ فيه، وهو مضمون بالقيمة، **فَيضْمَنُ نصفَ** نصيب صاحبه. **قال**: **ولو وقعت** القسمة ثم ظهر في التركة دَيْن محيط: رُدَّت القسمة؛ **لأنه يمنع** وقوعَ الملك للوارث، وكذا إذا كان غير محيط؛ لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قُسِمَ؛ لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم. **ولو أبرأه الغرماء** بعد القسمة،

ولو باع صاحب إلخ: ذكره تفريعًا على مسألة "القدوري"، أي ولو باع صاحب المقدم النصف من الثلث المقدم الذى وقع في نصيب أحدهما. [البناية ٥٤٩/١٠] **لما ذكرنا**: يعني من قوله: "لأنه لو استحق كل المقدم، ورجع بنصف ما في يده" إلى قوله: "اعتباراً للجزء بالكل".[العناية ٣٧٥/٨]

والمقبوض إلخ: جواب عما يقال: ينبغي أن ينقض البيع؛ لأنه بناء على القسمة الفاسدة، والبناء على الفاسد فاسد، ووجهه: أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة، وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك، فنفذ البيع فيه، وهو مضمون بالقيمة؛ لتعذر الوصول إلى عين حقه لمكان البيع، فيضمن نصف نصيب صاحبه.[العناية ٣٧٦/٨]

فيضمن نصف إلخ: لتعذر الوصول إلى عين حقه لمكان البيع، فيضمن نصف صاحبه. [البناية ٥٥١/١٠]

قال ولو وقعت إلخ: ذكر هذه المسألة تفريعاً على مسألة "القدوري"، وهي من مسائل "الأصل"، ولكن كان ينبغي أن لا يذكر في أول المسألة لفظ قال؛ لأنه لم يذكر هذه المسألة في "البداية".(البناية)

لأنه يمنع: حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد، وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق عليه.[العناية ٣٧٦/٨]

ولوأبرأه الغرماء إلخ: أي وكذا لايرد القسمة؛ لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة إذا أبرأ الميت غرماؤه بعد القسمة.[البناية ٥٥٣/١٠]

أو أداه الورثة من مالهم، والدين محيط، أو غير محيط: جازت القسمة؛ لأن **المانع** قد زال. ولو ادّعى أحد المتقاسمين ديناً **في التركة صحَّ دَعواه**؛ لأنه لا تناقض؛ إذ الدين يتعلق بالمعنى، والقسمةُ تصادفُ الصورة، ولو ادّعى عيناً بأي سبب كان لم يسمع؛ للتناقض؛ إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً.

فصل في المهايأة

المهايأة **جائزة استحساناً** للحاجة إليه؛ إذ قد **يتعذر الاجتماع** على الانتفاع،

المانع قد زال: بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة، وقالت الورثة: نحن نقضي حقهما، فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصى له؛ لأن حقهما في عين التركة، فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما.[العناية ٣٧٦/٨] **في التركة:** قيد بقوله: ديناً؛ لأنه لو ادعى عيناً من أعيان التركة بأي سبب كان بالشراء والهبة أوغيرهما، فلا يقبل دعواه كما يجيءُ عن قريب. [البناية ٥٥٣/١٠]

صح دعواه: ولقائل أن يقول: إن لم تكن دعوى باطلة لعدم التناقض، فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة، وذلك سعي في نقض ما تم من جهته، والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة، فلا يلزم ذلك.[العناية ٣٧٧/٨] **في المهايأة:** لما ذكر قسمة الأعيان شرع بقسمة الأعراض، وهي لغة: مشتقة من الهيئة وهي: الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء، ومنه التهايؤ، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وفي الحقيقة: أن يتواضعوا بهيئة واحدة، يعني الشريك منتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأخر، وقد تبدل الهمزة ألفاً، في عرف الفقهاء هي قسمة المنافع.[البناية ٥٥٤/١٠]

جائزة استحساناً: وأما القياس فيأبى جواز المهايأة؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها، إذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته، ولكنا تركنا القياس، وجوزناها بقوله تعالى:﴿لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ﴾.(النهاية)

يتعذر الاجتماع إلخ: أي يتعذر الاجتماع على عين واحد في الانتفاع بها، فكانت المهايأة جمعاً للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشائع في مكان معين، فجرت المهايأة مجرى القسمة.

فأشبه القسمة، **ولهذا يجري** فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة، إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة؛ لأنه جمع المنافع في زمان واحد، والتهايؤ جمع **على التعاقب**، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يَقْسِمْ القاضي؛ لأنه أبلغ في التكميل، ولو وقعت فيما يَحْتمل القسمة، ثم طلب أحدُهما القسمةَ، يَقْسِم، وتبطُل المهايأة؛ لأنه أبلغ، ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما؛ لأنه لو انتقض **لاستأنفه الحاكم**، فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف. ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفةً وهذا طائفةً، أو هذا علوها وهذا سفلها: جاز؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة، فكذا المهايأة، والتهايؤ **في هذا الوجه** إفرازٌ لجميع الأنصباء **لا مبادلة، ولهذا** لا يُشتَرط فيه التأقيت، **ولكل واحد** أن يستغلّ ما أصابه بالمهايأة شُرط ذلك في العقد أو لم يُشْترط؛ لحدوث المنافع على ملكه.

ولهذا يجري إلخ: أي إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره يجبره القاضي كما يجري أي في القسمة عند اتحاد الجنس.(البناية) **على التعاقب**: يعني يقع شيء منها عقيب شيء.[البناية ١٠/٥٥٦]

لاستأنفه الحاكم: لجواز أن يطلب الورثة المهايأة.[العناية ٨/٣٧٨] **في هذا الوجه**: إنما قيد بقوله: في هذا الوجه، وهو أن يسكن هذا في جانب من الدار، ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد؛ لأنه إذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل إفرازاً لا مبادلة؛ لأنهما إذا تهايئا مكانين في زمان واحد يتحقق معنى الإفراز، وأما إذا كان التهايؤ في زمانين في مكان واحد لا يمكن جعله إفرازاً، بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر في نوبته، فكان مبادلة لا إفرازاً.[الكفاية ٨/٣٧٩]

لا مبادلة: لأنه لو كان مبادلة لما صح؛ لأنها لا تجوز في الجنس الواحد؛ بشبهة الربا. **ولهذا**: إيضاح أنه إفراز؛ لأنه لو كان مبادلة لا يشترط التأقيت، كما في الإجارة؛ لأنه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض، فيلتحق بالإجارة حينئذ، فيشترط التأقيت.[الكفاية ٨/٣٨٠] **ولكل واحد**: ابتداء كلام لنفي قول من يقول: إنهما إذا تهايئا، و لم يشترطا الإجارة في أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه.[العناية ٨/٣٧٩]

ولو تهايئا **في عبد واحد** على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً: جاز، وكذا هذا في البيت الصغير؛ لأن المهايأة قد تكون في الزمان، وقد تكون من حيث المكان، والأول **متعيّن ههنا**، ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان **في محل يحتملهما**: يأمرهما القاضي بأن يتفقا؛ لأن التهايؤ في المكان **أعدل**، وفي الزمان **أكمل**، فلما اختلفت الجهةُ لابد من الاتفاق. **فإن اختاراه من** حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة، تطييباً لقلوبهما

ولو تهايئا في العبدين على أن يخدم هذا العبد، والآخر الآخر: جاز عندهما؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة **عندهما** جبرًا من القاضي وبالتراضي، فكذا المهايأة، **وقيل**: عند أبي حنيفة رحمه الله لا يَقْسِم القاضي، وهكذا روي عنه؛ لأنه لا يجري فيه الجبر عنده، والأصح: أنه يقسم القاضي عنده أيضًا؛ لأن المنافع من حيث الخدمة **قلّما تتفاوت**،

أبي حنيفة — لاختلاف الجنس — جبرًا — لاتحاد الجنس

في عبد واحد: واحترز بالعبد الواحد على التهايؤ على علة العبد الواحد؛ فإنه لا يجوز بالاتفاق.[البناية ١٠/٥٥٨]

متعيّن ههنا: أي معنى التهايؤ في الزمان متعين في البيت الصغير، ولم يذكر أن هذا إفراز أومبادلة.(البناية)

في محل يحتملهما: كالدار مثلاً بأن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها، وصاحبه في مؤخرها، والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهراً، وصاحبه شهرًا آخر.[العناية ٨/٣٨٠] **أعدل:** لأن كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد.(الكفاية) **أكمل:** لأنه ينتفع بجميع الدار.[الكفاية ٨/٣٨٠]

فإن اختاراه من إلخ: إنما قيد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق؛ لأن التسوية في المكان ممكن في الحال، بأن يسكن هذا بعضها والآخر بعضها، أما التسوية من حيث الزمان، فلا يمكن إلا أن تمضي مدة أحدهما، ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة، فيقرع نفياً للتهمة، وتطييباً للقلوب.[الكفاية ٨/٣٨٠-٣٨١]

عندهما: أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وبه قالت الثلاثة.(البناية) **وقيل إلخ:** أي قال بعض المشايخ عنه، فكذا على قياس قوله.(البناية) **قلّما تتفاوت:** لأن الاستخدام مما لا يدوم أنه مبني على المسامحة والمساهلة، فيكون منافع العبد متقاربة. [البناية ١٠/٥٦٠]

بخلاف أعيان الرقيق؛ لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم. ولو تهايئا فيهما (في القسمة) العبدين على أن نفقة كل عبد على من يأخذه: جاز استحساناً **للمسامحة** في إطعام المماليك، بخلاف شرط الكِسْوة؛ لأنه لا يسامح فيها، ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كل (على من يأخذه) واحد منهما دارًا: جاز، ويجبر القاضي عليه، **أما عندهما فظاهر**؛ لأن الدارين عندهما (بالاتفاق) كدار واحدة، وقد قيل: لا يجبر عنده **اعتباراً بالقسمة**. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه (هو قول الكرخي) (أبي حنيفة) لا يجوز التهايؤ فيهما **أصلًا** بالجبر؛ لما قلنا، وبالتراضي؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، بخلاف قسمة رقبتهما؛ لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز. **وجه الظاهر**: أن التفاوت يقلّ في المنافع، فيجوز بالتراضي، ويجري فيه جبر القاضي، ويعتبر إفرازاً، أما التفاوت فيكثر في أعيانهما **فاعُتبِرَ مبادلة**، وفي الدابّتين لا يجوز التهايؤ على (كأنها جنس واحد المهايأة) الركوب عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: **يجوز اعتبارًا** بقسمة الأعيان. وله: أن (أبي حنيفة) الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين، فإنهم بين حاذقٍ وأخرقَ،

للمسامحة إلخ: لأن العادة جرت بالمسامحة في إطعام المماليك، فلا يفضي الجهالة إلى المنازعة.

أما عندهما فظاهر: أي أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر.(البناية) **اعتباراً بالقسمة**: فإن في القسمة ههنا ليس بجبر لاختلاف الأجناس. **أصلاً**: أي لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضي، أما بالجبر؛ فلما قلنا: وهو قوله: اعتباراً بالقسمة بالتراضي؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، وهو غير جائز على ما مر في الإجارات، وجواب ظاهر الرواية عن هذا: ما ذكر أن الحرمة عند وجود أحد وصفي علة الربا ثابتة بالنص، بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه، وهو البيع، والمهايأة إفراز من وجه مبادلة من وجه، فيعمل فيها بقضية القياس.[الكفاية ٣٨٢/٨-٣٨٣] **وجه الظاهر**: وهو أن يجبر القاضي عليه عند أبي حنيفة.(البناية) **فاعتبر مبادلة**: فلا يجري فيه الجبر، بخلاف الإفراز.(البناية) **يجوز اعتباراً**: فكما يجوز قسمة الدواب من جنس واحد رقبة، فكذا يجوز منفعة.[البناية ٥٦٢/١٠]

والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة **على هذا الخلاف؛ لما قلنا، بخلاف العبد**؛ لأنه
بحسب الزمان
يخدم باختياره، فلا يتحمل زيادة على طاقته، والدابة تحملها، وأما التهايؤ في الاستغلال
الزيادة على الطاقة طلب الغلة
يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية، وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز.
بالاتفاق
ووجه الفرق: أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء، والاعتدال ثابت في الحال، والظاهر
حال الاستغلال بين الشريكين
بقاؤه في العقار، وتغيّره في الحيوانات؛ لتوالي أسباب التغير عليها، **فتَفُوتُ المعادلة،**
الاعتدال الاعتدال
ولو زادت الغَلَّة في نوبة أحـــدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة، ليتحقق
في الدار الواحدة الغلة التي يكون
التعديل، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع، فاستغلّ أحدهما في نوبته زيادةً؛
فلا شركة
لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل، وهو المنافع، **فلا تضرّه** زيادةُ الاستغلال
من بعد، والتهايؤ **على الاستغلال** في الدارين جائز أيضاً **في ظاهر الرواية؛ لما بيّنا.**
ولو فضل غلّة أحدهما لا يشتركان فيه، **بخلاف الدار الواحدة،**
في نوبة أحد

على هذا الخلاف: أي الخلاف المذكور، فعنده لا يجوز خلافاً لهما.(البناية) **لما قلنا**: أشار به إلى قوله: أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين.(البناية) **بخلاف العبد**: أي بخلاف التهايؤ في خدمة العبد حيث يجوز.[البناية ٥٦٣/١٠] **ووجه الفـــرق**: يعني بين جواز التهايؤ في الاستغلال في دار واحـــدة وعدمه في العبد الواحد، الدابة الواحدة.(العناية) **فتفوت المعادلة**: لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول؛ لأن القوى الجسمانية متناهية.[العناية ٣٨٢/٨]
فلا تضره: لأن بالتفاوت في الغلة لا يتبين فوات المعادلة في المنافع، فإن الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند العقد. **على الاستغلال**: بأن يستغل هذا دارًا، هذا داراً أخرى. **في ظاهر الرواية**: احتراز عما روي عن أبي حنيفة رحمه الله في"الكيسانيات": أنه لا يجوز؛ لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين، وهي عنده في الدارين لا تجوز؛ للتفاوت.[العناية ٣٨٢/٨] **لما بينا**: أشار به إلى قوله: والاعتدال ثابت في الحال إلخ.(البناية) **بخلاف الدار الواحدة**: حيث يشتركان في الفاضل في غلة الدار الواحدة.[البناية ٥٦٥/١٠]

والفرق: أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح، **لاتحاد زمان** الاستيفاء، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصولُ، **فاعُتبِرَ قَرْضاً**، وجُعِل كلٌّ واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه، فلهـــذا يردّ عليه حصته من الفضل، **وكذا يجوز** في العبدين عندهما اعتبارًا بالتهايؤ **في المنافع**، ولا يجوز عنده؛ لأن التفاوت في أعيان الرقيق **أكثر منه** من حيث الزمان في العبد الواحد، **فأولى أن يمتنع** الجواز، والتهايؤ **في الخدمة** جُوِّز **ضرورةً**، ولا ضرورةَ في الغلّة **لإمكان قسمتها**؛ لكونها عيناً؛ **ولأن الظاهر** هو التسامح في الخدمة، والاستقصاء في الاستغلال **فلا يتقاسان**.

لاتحاد زمان إلخ: يعني أن كل واحد منهما يصل إلى المنافع والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه.[البناية ١٠/٥٦٥] **فاعتبر قرضاً:** أي اعتبر نصيب صاحبه من الغلة قرضًا، ويكون هو مستقرضاً.(البناية) **وكذا يجوز إلخ:** أي وكذا يجوز التهايؤ في استغلال العبدين عند أبي يوسف ومحمد، وبه قالت الثلاثة.(البناية) **في المنافع:** أي قياساً على التهايؤ في المنافع في العبدين.[البناية ١٠/٥٦٦]

أكثرمنه: [لأنه قد يكون في أحدهما كياسة وحذاق] ولياقة، فيحصل في شهر واحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر، ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق، ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز.(العناية) **فأولى أن يمتنع إلخ:** عورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدين؛ لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه، فكان كالمهايأة في الخدمة. وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز، بخلاف الخدمة؛ لما بينا من وجه، الأصح: أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت.[العناية ٨/٣٨٣] **في الخدمة:** جواب عن قولهما: اعتباراً بالتهايؤ في المنافع.[الكفاية ٨/٣٨٣]

ضرورة: تقريره: أن المهايأة في الخدمة جوزت ضرورة؛ لأن المنافع لا تبقى، فيتعذر قسمتها على ما يفسرها المصنف عن قريب.(البناية) **لإمكان قسمتها:** فيستغلان على طريق الشركة، ثم يقتسمان ما حصل من الغلة.[البناية ١٠/٥٦٦-٥٦٧] **ولأن الظاهر:** وجه آخر لإبطال القياس.[البناية ١٠/٥٦٧]

فلا يتقاسان: يعني ولايقاس أحدهما على الآخر.[البناية ١٠/٥٦٧]

ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما، والوجه ما بيّناه **في الركوب**. ولو كان نخل، أو شجر، أو غنم بين اثنين، فتهايئا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة **يستثمرها** أويرعاها، ويشرب ألبانها: لا يجوز؛ لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها، وهذه أعيان باقية تُرَدُّ عليها القسمةُ عند حصولها، والحيلة أن يبيع حصته من الآخر، **ثم يشتري كلها** بعد مضيّ نوبته، **أو ينتفع باللبن** بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه؛ إذ قرض المشاع جائز، والله أعلم بالصواب.

في الركوب: وهو قوله: اعتباراً بقسمة الأعيان.(البناية) **يستثمرها**: أي يأخذ ثمرها نماء في النخل والشجر.(البناية) **ثم يشتري كلها**: أي كل الشجر أو الغنم، فيجعل لكل واحد منهما ما تناوله؛ لأنه حصل الثمر أو اللبن على ملك المشتري.[البناية ١٠/٥٦٨] **أو ينتفع باللبن**: من الحليب كل يوم إلى مدة معلومة إذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن مثل تلك المدة، بعضه من نصيب نفعه في هذه المدة، وبعضه مما افترضه في المدة الماضية، ولكن ينبغي أن يزن اللبن، أو يكيله في المدة حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء، ولا يكون الربا؛ لأن اللبن يزيد وينقص في المدة، وكذا المهايأة.[البناية ١٠/٥٧٠]

كتاب المزارعة

قال أبو حنيفة رحمه الله: المزارعة **بالثلث** والربع باطلة، اعلم أن المزارعة لغةً: **مُفَاعلة من الزَّرع**، وفي الشريعة: هي عقد على الزرع ببعض الخارج، **وهي** (الزراعة) **فاسدة** عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: هي جائزة؛ لما روي:"أن النبي عليه السلام عامَلَ أهلَ خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع"،* ولأنه عقد شركة بين المال والعمل، فيجوز؛ **اعتباراً بالمضاربة**. والجامع **دفعُ الحاجة**،

كتاب المزارعة: قال الشراح: لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها.[البناية ١٠/٥٧٠] **بالثلث:** وكذا بالخمس والسدس وغير ذلك من المقادير.(الكفاية) وإنما قيد بالثلث والربع؛ لتبيين محل النزاع؛ لأنه لو لم يعين أصلاً، أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع.[العناية ٨/٣٨٤]

مفاعلة من الزرع: هي تقتضي فعلاً من الجانبين كالمناظرة والمقابلة، وفعل الزرع يوجد من أحد الجانبين، وإنما سمي بها بطريق التغليب كالمضاربة مفاعلة من الضرب.[الكفاية ٨/٣٨٤]

وهي فاسدة إلخ: والحيلة للجواز عنده أن يستأجر العامل بأجر معلوم إلى مدة معلومة، فإذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عوضاً عما وجب له من الأجر في ذمة صاحب البذر، فيجوز ذلك بتراضيهما كما في سائر الديون. **اعتباراً بالمضاربة:** فإنه أيضاً عقد شركة بين المال والعمل من المضارب.[البناية ١٠/٥٧٣]

دفعُ الحاجة: فإن الإنسان قد يكون له أرض المزارعة، ولا يهتدي إليها، وقد يكون مهتدياً، ولا يكون له أرض، فتثبت الحاجة إلى انعقادها؛ لينتظم مصلحتهما، ويحصل مقصودهما من الربح كما في المضاربة، فإن ذا المال لا يهتدي إلى العمل، والقوي عليه لا يجد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما.[الكفاية ٨/٣٨٤]

* أخرجه الجماعة إلا النسائي.[نصب الراية ٤/١٧٩] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع.[رقم: ٢٣٢٨، باب المزارعة بالشطر ونحوه]

فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل، والقويُّ عليه لا يجد المال أليست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما، بخلاف دفع الغنم، والدّجاج ودود القزّ معاملةً **بنصف الزوائد**؛ لأنه **لا أثرَ هناك** للعمل في تحصيلها، فلم تتحق شركة. وله: ما روي أنه عليه السلام نهى عن المخابرة، **وهي المزارعة،*** **ولأنه استئجار** ببعض ما يخـــرج من عمله، فيكون في معنى قفيز الطَّحَّان؛ ولأن **الأجر مجهول** أومعدوم، **وكلُّ ذلك مفسد، ومعاملة النبي** عليه السلام

بنصف الزوائد: أي بنصف الأولاد والإبريسم، فإن تلك الزائد تتولد من العين، ولا أثر لعمل الراعي والحافظ فيها، وإنما تحصل الزيادة بالعلف والسقي، والحيوان يباشرهما بإختياره، فلم تتحقق شركة.[الكفاية ٣٨٤/٨]

لا أثر هناك: فأما ههنا، فلعمل المزارع تأثير في تحصيل الخارج.(الكفاية) **هناك إلخ:** يعني لأنه تخلل فعل فاعل مختار، وهو أكل الحيوان، فيضاف إليه، وإذا كان مضافاً إليه لا يضاف إلى غيره، وهو العامل، فلم تتحقق فيه الشركة.[العناية ٣٨٥/٨] **وهي المزارعة:** من الخيبر، وهو الإكار لمعالجته الخيار، وهي الأرض الرخوة، وقيل: من الخبرة، وهي النصيب.[الكفاية ٣٨٥/٨]

ولأنه استئجار إلخ: والدليل على أنه استئجار هو أنه لا يصح بدون ذكر المدة، وذلك من خصائص الإجارات، فكان هذا استئجاراً ببعض ما يخرج منه، فيكون في معنى قفيز الطحان، وقد نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان، وهو أن يستأجر رجلاً ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها.[الكفاية ٣٨٥/٨]

الأجر مجهول: على تقدير وجود الخارج، فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة، أو أقل منه أو أكثر، أو معدوم على تقدير عدم الخارج.(العناية) **وكل ذلك مفسد:** أي كل واحد من العلتين من [جهالة الأجر أو عدمها] مفسد للإجارة.[البناية ٥٧٥/١٠] **ومعاملة النبي إلخ:** ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة؛ لظهور فساده، فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي إلى فرع، هو نظيره، وههنا ليس كذلك؛ لأن معنى الإجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة، بخلاف المضاربة.[العناية ٣٨٥/٨]

*روي من حديث جابر، ومن حديث رافع بن خديج.[نصب الراية ١٨٠/٤] أخرجه مسلم في "صحيحه" عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة.[رقم: ١٥٣٦، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة]

أهل خيبر **كان خراجَ مقاسمة بطريق المنِّ** والصلح، **وهو جائز**. وإذا فسدت عنده، (المزارعة أبي حنيفة) فإن سقي الأرضَ وكرَبهَا ولم يخرج شيء منه: فله (للعامل) أجرُ مثله؛ لأنه في معنى إجارة (عقد المزارعة) فاسدة، وهذا إذا كان البَذْرُ من قِبَلِ صاحب الأرض، وإن كان البذر من قبله، فعليه (العامل العامل) أجـــرُ مثل الأرض، والخارج **في الوجهين** لصاحب البذر؛ **لأنه نماءُ ملكه**، وللآخر الأجـــرُ **كما فصَّلنا**، إلا أن الفتوى على قولهما؛ لحاجة الناس إليها ولظهور تعامُل (المزارعة) الأمة بها، والقياس يُتْرك بالتعامل **كمـــا في الاستصناع**. ثم المزارعة لصحتها على (المزارعة) قول مَنْ يجيزها شروط: أحدُها: كون الأرض صالحةً للزراعة؛

كان خراج مقاسمة: الخراج على نوعين: خراج وظيفة، وخراج مقاسمة، فالوظيفة: هو أن يوظف الإمام كل سنة على مال كما صالح النبي ﷺ مع أهل نجران على أن يؤدّوا كل سنة ألفاً ومائتي حلة ستمائة في محرم، وستمائة في رجب، والمقاسمة: هي أن يقسم الإمام ما يخرج من الأرض كما صالح النبي ﷺ مع أهل خيبر على أن ما يخرج من أراضيهم نصفه للنبي ﷺ ونصفه لأهلها كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله في زكاة "الجامع الصغير"، وليس في هذا الحديث حجة لمن جوز المزارعة؛ لأن ذلك على سبيل المصالحة.[الكفاية ٣٨٥/٨]

بطريق المنّ إلخ: لأنه لو أخذ الكل جاز؛ لأنه ﷺ ملكها غنيمة، فكان ما ترك في أيديهم فضلاً، ولم يبين مدة معلومة، وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا ببيان مدة معلومة.(العناية) **وهو جائز:** أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح.[العناية ٣٨٥/٨] **في الوجهين:** يعني فيما إذا كان البذرمِنْ قبل العامل، وفيما إذا كان من قبل رب الأرض.(العناية) **لأنه نماء ملكه:** منقوض بمن غصب بذراً فزرعه، فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر، وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله، فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى، والمزارع عامل بأمر غيره، فيجعل العمل مضافاً إلى الآمر.[العناية ٣٨٦/٨]

كما فصلنا: إشارة إلى قوله: وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض إلخ.[العناية ٣٨٦/٨]

كما في الاستصناع: أي كما ترك القياس في الاستصناع لتعامل الناس به.[البناية ٥٧٨/١٠] القياس يترك بالتعامل، ولكن النص لا يترك بذلك؛ لأن التعامل إجماع عملي، والإجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الأصول.[نتائج الأفكار ٣٨٦/٨]

لأن المقصود **لا يحصل بدونه**. والثاني: أن يكون ربُّ الأرض والمزارِعُ **من أهل العقد**، وهو لا يختص به؛ لأن عقداً ما لا يصحُّ إلا من الأهل. والثالث: **بيان المدة**؛ لأنه عقد على **منافع الأرض**، أو **منافع العامل**، والمدة **هي المعيار** لها لتُعْلَم بها. والرابع: بيانُ مَنْ عليه البذرُ؛ قطعاً للمنازعة، **وإعلاماً للمعقود** عليه، وهو منافع الأرض أو منافع العمل. والخامس: بيان نصيب مَنْ لا بذر من قِبَلِه؛ لأنه يستحقه عوضاً بالشرط، فلابد أن يكون معلوماً، وما لا يُعْلم لا يُسْتحق شرطاً بالعقد. والسادس: أن يُخَلِّي ربُّ الأرض بينها وبين العامل، حتى لو شَرَطَ عملَ ربِّ الأرض يَفْسُدُ العقد؛ لفوات التخلية. والسابع: الشركة **في الخارج** بعد حصوله؛ لأنه ينعقد شركةً في الانتهاء، فما يَقْطع هذه الشركةَ **كان مفسِداً** للعقد.

لا يحصل بدونه: أي دون كون الأرض صالحة للزرع.(البناية) **من أهل العقد**: بأن يكون بالغاً، عاقلاً، قادراً على التصرفات.[البناية ١٠/٥٧٩] **بيان المدة**: وفي "الذخيرة": ومن الشرائط بيان المدة بأن يقول: إلى سنة، أو سنتين، أو ما أشبه ذلك، وإن بيّن وقتاً لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة، فصار ذكره وعدم ذكره سواء، وكذلك إذا بيّن مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالباً؛ لأنه يصير في معنى اشتراط العقد إلى ما بعد الموت.(الكفاية) **منافع الأرض**: أي إذا كان البذر من قبل العامل.[الكفاية ٨/٣٨٦]
منافع العامل: أي إذا كان البذر من قبل رب الأرض.(الكفاية) **هي المعيار**: بمنزلة الكيل أو الوزن.[العناية ٨/٣٨٦] **وإعلاماً للمعقود إلخ**: فإن البذر إن كان من قبل العامل، فالمعقود عليه منفعة الأرض، وإن كان من قبل رب الأرض، فالمعقود عليه منفعة العامل، ولابد من بيان المعقود عليه؛ لأن جهالته تؤدي إلى المنازعة بينهما.(الكفاية) **في الخارج**: يعني ينبغي أن لا يشترط فيه مقدار معين لأحدهما؛ إذ يجوز أن لا يخرج من الأرض إلا ذلك القدر، فلم تبق شركة على ذلك التقدير، ومن شرطها: بقاء الشركة.[الكفاية ٨/٣٨٧]
كان مفسداً إلخ: لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم.[العناية ٨/٣٨٧]

والثامن: بيان **جنس البذر**؛ ليصير الأجرُ معلوماً. قال: **وهي عندهما** على أربعة (المزارعة) أوجه: إن كانت الأرضُ والبذر لواحد، والبقرُ والعملُ لواحد: جازت المزارعة؛ لأن البقر آلة العمل، فصار كما إذا **استأجر خيَّاطاً** ليخيط بإبرة الخيَّاط. وإن كانت الأرضُ لواحد، والعملُ والبقر والبذر لواحد: جازت؛ لأنه **استئجارُ الأرض** ببعضٍ معلوم من الخارج، فيجوز كما استأجرها بدراهمَ معلومة. وإن كانت الأرض والبذر (كالنصف والثلث) والبقر لواحد، والعمل من الآخر: جازت؛ لأنّه استأجره (في الذمة) للعمل بآلة المستأجر، فصار (المزارعة) كما إذا استأجر خيَّاطاً ليخيط ثوبه بإبرته، أو طيَّاناً ليُطيِّن (رب الأرض) بمرِّه. وإن كانت الأرض (صاحب الثواب) والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر: فهي باطلة، وهذا الذي ذكره (القدوري) ظاهرُ الرواية. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز أيضًا؛ **لأنه لو شرط** البقر والبذر عليه يجوز، (رب الأرض)

جنس البذر: وجه القياس ليصير الأجر معلوماً؛ إذ هو جزء من الخارج، فلابد من بيانه؛ ليعلم أن الخارج من أي نوع، ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى؛ لأنه ربما يعطي بذراً لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير، وفي الاستحسان: بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط.[العناية ٣٨٧/٨] **وهي عندهما إلخ**: المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة؛ لأنها على ثلاثة أوجه، ولا الفاسدة؛ لأنها كذلك على ثلاثة أوجه، ولا مطلق المزارعة؛ لأنها على ستة أوجه.[الكفاية ٣٨٧/٨]

استأجر خياطاً: كان الأجر كله بإزاء الخياطة دون الإبرة، فكذا ههنا يكون الخارج بإزاء العمل دون البقر، فلم يصر مستأجر البقر ببعض الخارج، فيصح.[الكفاية ٣٨٧/٨-٣٨٨] **استئجار الأرض**: أي لأن هذا الوجه استئجار الأرض ببعض معلوم؛ لأن رب البذر استأجر الأرض بجزء معلوم من الخارج.[البناية ٥٨٣/١٠]

لأنه لو شرط: قال في "العناية": ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب، لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز، فكذا إذا شرط البقر وحده، وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه. والجواب: أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعه للتجانس، وضعف جهة البقر معهما، فكان استئجارًا للعامل، وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه.[نتائج الأفكار ٣٩٠/٨]

فكذا إذا شرط وحده، وصار **كجانب العامل**. وجه الظاهر: أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض؛ لأن منفعة الأرض قوة في طَبْعها يحصل بها النماءُ، ومنفعةُ البقر صلاحية يقام بها العملُ، كلّ ذلك بخلق الله تعالى، **فلم يتجانسا**، **فتعذر** أن تُجْعل تابعة لها، بخلاف **جانب العامل**؛ لأنه **تجانست المنفعتان**، فجعلت تابعة لمنفعة العامل، وههنا وجهان آخران لم يذكرهما، أحدهما: أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر: فإنه **لا يجوز**؛ لأنه **يتم شركة** بين البذر والعمل، **ولم يَرِدْ به** الشّرع. والثاني: **أن يجمع** بين البذر والبقر، وأنه لا يجوز أيضًا؛ لأنه لا يجوز **عند الانفراد**، فكذا عند الاجتماع،

كجانب العامل: فإنه لما جاز أن يكون البذر مع البقر مشروطاً على العامل جاز أن يكون البقر مشروطاً عليه بدون البذر. **فلم يتجانسا**: أي منفعة الأرض ومنفعة البقر؛ لأنهما مختلفتان.[البناية ١٠/٥٨٥] والضابطة في معرفة التجانس ما فهم من كلامه: وهو أن ما صدر فعله من القوة الحيوانية فهو جنس، وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر. **فتعذر إلخ**: أي إذا كان كذلك تعذر جعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض، فلما لم يجعل تابعة كان استحقاق منفعة البقر مقصوداً في الزراعة، وهذا لا يجوز، كما لو كان من أحدهما البقر وحده، والباقي من الآخر حيث لا يجوز بالاتفاق.[البناية ١٠/٥٨٥]

جانب العمل: جواب عن قوله: كجانب العمل يعني: القياس فاسد.(البناية) **تجانست المنفعتان**: لأن البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل.[الكفاية ٨/٣٩٠] **لا يجوز**: وعن أبي يوسف رحمه الله أنّه يجوز للتعامل. **يتم شركة**: لأن صاحب البذر مستأجر للأرض، والتخلية بين المستأجر والمستأجر شرط، فانعدمت التخلية ههنا؛ لأن الأرض تكون في يد العامل.[البناية ١٠/٥٨٧] **ولم يرد إلخ**: أي لم يرد بجوازه دليل الشرع من نص أو إجماع أو قياس، فيبقى على أصل الحرمة.

أن يجمع إلخ: بأن يكون البذر والبقر من أحدهما، والباقي من الآخر.(البناية) **عند الانفراد**: يعني إذا كان البذر وحده من جانب، والبقر وحده من جانب.[البناية ١٠/٥٨٨]

والخارج **في الوجهين** لصاحب البذر في رواية؛ اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة، وفي رواية: لصاحب الأرض، ويصير مستقرضاً للبذر **قابضاً له**؛ لاتصاله بأرضه. البذر البذر

قال: ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة؛ **لما بيّنا**، وأن يكون الخارج شائعاً القدوري

بينهما؛ تحقيقاً لمعنى الشركة، فإن شَرَطا لأحدهما قفزاناً مسمّاة: فهي باطلة؛ لأن به هذا الشرط

تنقطع الشركة؛ لأن الأرض عساها لا تُخْرج إلا هذا القدر، فصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة، وكذا إذا شرطا أن يرفع صاحبُ البذر بَذْرَهَ، ويكون لايجوز فالمضاربة فاسدة

الباقي بينهما نصفين؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين، أو في جميعه، بأن هذا الشرط

لم يَخْرُج إلا قَدْرُ البذر، فصار كما إذا شرطا **رفعَ الخراج** والأرض خراجية، وأن فهو فاسد من الأرض

يكون الباقي بينهما؛ لأنه مُعيَّن، بخلاف ما إذا شرط صاحبُ البذر عشرَ الخارج العشر

بعد رفع الخراج

لنفسه أو للآخر، والباقي بينهما؛ لأنه معين مشاع، **فلا يؤدي** إلى قطع الشركة كما إذا شرطا رفع العُشر وقسمةَ الباقي بينهما، والأرض عشرية.

فإنه يجوز

في الوجهين: والوجهان ماذكرهما، فأحدهما: أن يكون البذر لأحدهما والباقي للآخر، والثاني: أن يكون البذر والبقر لأحدهما والباقي للآخر.[الكفاية ٣٩٠/٨] **قابضاً له إلخ:** وهذا في الحقيقة جواب إشكال، وهو أن القرض يشترط فيه القبض ولا قبض ههنا، فأجاب بأن اتصال البذر بأرضه كالقبض.[البناية ٥٨٨/١٠]

لما بينا: يعني قوله في بيان شروطها: والثالث بيان المدة؛ لأنه عقد على منافع الأرض إلخ. [العناية ٣٩١/٨]

رفع الخراج: أي والأرض خراجية، والخراج خراج وظيفة، بأن يكون دراهم مسماة بحسبَ الخارج، وقفزاناً معلومة، وأما إذا كان خراج مقاسمة، وهو جزء من الخارج مشاعاً، نحو: الثلث أو الربع، فإنه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط.[العناية ٣٩١/٨] **فلا يؤدي إلخ:** لأنه توهم قطع الشركة، فإن ما من خارج إلا وله عشر، فبقي الشركة في الباقي.[البناية ٥٩٠/١٠]

قال: وكذلك إن شرطا ما **على المأذيانات** والسواقي، معناه: لأحدهما؛ لأنه إذا (القدوري: لا يجوز)
شُرِطَ لأحدهما زرعُ موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة؛ لأنه لعلَّه لا يخرج إلا (الزرع)
من ذلك الموضع، وعلى هذا إذا شرطا لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة، ولآخر (لا يجوز)
ما يخرج من ناحية أخرى. **وكذا إذا شرطا**: لأحدهما التبن، وللآخر الحبُّ؛ لأنه عسى (لا يجوز)
أن تصيبه آفة فلا ينعقد الحبُّ، ولا يخرج إلا التبن، وكذا إذا شرطا: التبنُ نصفين، (لا يجوز) (الزرع)
والحبّ لأحدهما بعينه؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب، ولو شرطا الحبُّ نصفين، ولم يتعرَّضا للتبن: صحت؛ لاشتراطهما الشركةُ فيما هو (المزارعة)
المقصود. ثم التبن يكون لصاحب البذر؛ لأنه نماءُ بذره، وفي حقه لا يحتاج إلى (صاحب البذر)
الشرط، **والمفسدُ هو الشرط**، وهذا سكوت عنه. **وقال مشايخ بلخ** رحمهم الله: التبن بينهما أيضًا؛ **اعتباراً للعرف** فيما لم ينص عليه المتعاقدان، ولأنه تَبَع للحب،

على المأذيانات: جمع المأذيان، وهو أصغر من النهر، وأعظم من الجدول، فارسي معرب، وقيل: ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يُسقى منه الأرض، والسواقي جمع ساقية: وهي فوق الجدول ودون النهر. [الكفاية ٨/٣٩١-٣٩٢]

وكذا إذا شرطا إلخ: أي وكذا لا يصح ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري"، وهو على خمسة أوجه، وهذا أولها. [البناية ١٠/٥٩١] **والمفسد هو الشرط**: أي المفسد هو الشرط الفاسد، وهو الشرط الذي لا يلائم العقد، وهو أن يشترط التبن لغير صاحب البذر، وهنا سكتا عن ذكر الشرط الفاسد، والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسداً. [الكفاية ٨/٣٩٢]

وقال مشايخ بلخ: والجواب عما قاله مشايخ بلخ: إن الأصل فيها عدم الجواز؛ لأنها تثبت مع المنافي، فبقدر ما وجد المجوز يعمل به، وما لم يوجد فلا. [الكفاية ٨/٣٩٢] **اعتباراً للعرف**: فإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب. [العناية ٨/٣٩٢]

والتبعُ يقوم بشرط الأصل. ولو شرطا الحبُّ نصفين، والتبن لصاحب البذر: صحت؛ **لأنه حكم العقد**، وإن شرطا التبن للآخر: فسدت؛ **لأنه شرط** يؤدي إلى قطع الشركة، بأن لا يَخْـــرج **إلا التبنُ**، واستحقاقُ غير صاحب البذر بالشرط. قال: القدوري وإذا صحّت المزارعةُ: فالخارج **على الشرط**؛ لصحة الالتزام، وإن لم تخـــرج الأرض شيئًا: فلا شيء للعامل؛ لأنه يستحقه شركةً، ولا شركة في غير الخارج، **وإن كانت إجارةً**، العامل في الانتهاء فالأجر مسمىً، فلا يستحق غيرَه، بخـــلاف ما إذا فسدت؛ لأن أجر المثل في الـــذمة، ولا تفوت الذمّةُ بعدم الخارج. قال: القدوري **وإذا فسدت**، المزارعة فالخارج لصاحب البذر؛ لأنه نماءُ ملكه، واستحقاقُ الأجر بالتسمية، وقد فسدت فبقي النماءُ كلُّه لصاحب البذر.

والتبع يقوم إلخ: أي يثبت بشرط الأصل، وقد وجد شرائط صحة الشركة في الأصل، وهو الحب؛ لأنهما اشترطا فيه الشركة، فتثبت الشركة في التبن أيضًا تبعاً للحب، كالإمام إذا دخل المصر ونوى الإقامة يصير الجندي مقيماً وإن لم يكن في موضع الإقامة، وكذا المولى مع العبد. [الكفاية ٣٩٢/٨] **لأنه حكم العقد:** يعني أنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر؛ لأنه موجب العقد، فإذا نصا عليه كأنما صرحا بما هو موجب العقد، فلا يتغير به وصف العقد، فكان وجود الشرط وعدمه سواء. [العناية ٣٩٢/٨]

لأنه شرط إلخ: بأن لا يخرج إلا التبن، وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد، فكانت المزارعة فاسدة.(العناية)

إلا التبن: فربما يصيبه آفة، فلا ينعقد الحب، فلا يخرج إلا التبن.[الكفاية ٣٩٣/٨] **على الشرط:** فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب فيه المسمى، وهذا عقد صحيح، فيجب فيه المسمى. [العناية ٣٩٢/٨]

وإن كانت إجارة إلخ: هذا جواب عما يقال: كانت الأرض اجارة ابتداء فلابد من الأجرة، وتقرير الجواب: أن الأرض إن كانت إجارة في الابتداء إلخ.[البناية ٥٩٣/١٠] **وإذا فسدت:** يعني وإن كانت فاسدة، فلا فرق بين أن تخرج الأرض، وأن لا تخرج في وجوب أجر المثل للعامل؛ لأنه في الذمة، والذمة لا تفوت بعدم الخارج، فإن أخرجت شيئاً، فالخارج لصاحب البذر. [العناية ٣٩٣/٨]

قال: ولو كان البذر من قِبَل ربِّ الأرض: فللعامل أجرُ مثله، لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج؛ لأنه رضي بسقوط الزيادة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: له أجر مثله بالغاً ما بلغ؛ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتُها؛ إذ لا مثل لها وقد مرّ **في الإجارات**. **وإن كان البذر** من قِبَل العامل: فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه؛ لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردّها، وقد تعذر ولا مثل لها، فيجب ردُّ قيمتها، وهل يزاد على ما شرط له من الخارج؟ فهو **على الخلاف** الذي ذكرناه. ولو جمع **بين الأرض** والبقر حتى فسدت المزارعة: فعلى العامل أجرُ مثل الأرض والبقر،

في الإجارات: قال صاحب "النهاية" رحمه الله: وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير؛ لأنه ذكر في باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجارات في مسألة ما إذا استأجر حماراً ليحمل عليه طعاماً بقفيز منه، فالإجارة فاسدة، ثم قال: ولا يجاوز بالأجر قفيز؛ لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى، ومن أجر المثل، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله؛ لأن المسمى هناك غير معلوم، فلم يصح الحط، فبمجموع هذا الذي ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاً ما بلغ في الإجارة الفاسدة كما هو قولهما؛ إلا في الشركة في الاحتطاب، ثم ذكر ههنا، وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ إلى أن قال: وقد مر في الإجارات، وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الإجارات الفاسدة يبلغ الأجر بالغاً ما بلغ، وليس كذلك. وأجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب؛ لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج، وهذه حوالة بلا تغيير. [العناية ٨/٣٩٣-٣٩٤]

وإن كان البذر إلخ: هذا من مسائل "القدوري"، وفي بعض النسخ: وان كان قبل العامل أي البذر. (البناية)

على الخلاف إلخ: وهو أن لا يزاد عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافاً لمحمد. [البناية ١٠/٥٩٦]

بين الأرض: أي كانت الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر.

هو الصحيح؛ لأن له مدخلاً في الإجارة، وهي إجارة معنى. وإذا استحق ربُّ الأرض الخارجَ لبذره في المزارعة الفاسدة: طاب له جميعه؛ لأن النماء حصل في أرضٍ مملوكة له، وإن استحقه العاملُ: أخذ قدرَ بذره، **وقدر** أجر الأرض **وتصدّق بالفضل؛ لأن النماء** يحصل من البذر، ويخرج من الأرض، وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثًا فيه، فما سَلِمَ له بعَوِض طاب له، وما لا عوض له تصدّق به.

قال: وإذا عُقِدَت المزارعة، فامتنع صاحب البذر من العمل: **لم يجبر عليه؛** لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا **بضرر يلزمه،** فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم دارَه، وإن امتنع الذي ليس من قِبَله البذرُ: أجبره الحاكمُ على العمل؛

هو الصحيح: وقيل: يغرم له مثل أجر الأرض بكروبة، فأما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال، فلا ينعقد العقد عليه صحيحاً ولا فاسداً، ووجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد؛ إذ المنافع لا تقوم إلا بالعقد، والأصح أن عقد المزارعة من جنس الإجارة؛ لما مر، ومنافع البقر يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد، فيجب أجر المثل، كما يجب أجر مثل الأرض.

لأن له: أي للبقر مدخلًا في الإجارة؛ لجواز إيراد عقد الإجارة عليه، والمزارعة إجارة معنى، فتنعقد المزارعة عليه فاسداً، ويجب أجر المثل.[العناية ٨/٣٩٤] **وقدر إلخ:** أي قدر ما غرم من أجر مثل الأرض.

وتصدّق بالفضل: أي بالزائد على قدر البذر وأجر الأرض.(البناية) **لأن النَّماء إلخ:** أي فهو يحتاج إليهما على ما جرت به العادة احتياجًا بالغًا، فكان الخبث شديداً، فأورث وجوب التصديق وعمل العامل، وهو إلقاء البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة؛ لجواز حصوله بدونه عادة كما إذا هبت الريح فألقت البذر في أرض، وأمطرت السماء، فكان ما يمكن به شبهة الخبث، فلم يورث وجوب ذلك. [العناية ٨/٣٩٤]

لم يجبر عليه: أي قبل إلقاء البذر، وأما بعد إلقائه فيجبر؛ لأن عقد المزارعة يكون لازمًا من الجانبين بعد إلقاء البذر.[الكفاية ٨/٣٩٤] **بضرر يلزمه:** وهو استهلاك البذر في الحال كمن استأجر رجلًا ليهدم داره.[العناية ٨/٣٩٤]

لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر، والعقدُ لازم بمنـــزلة الإجارة، إلا إذا **كان عذر** يُفسخ به الإجارةُ، فيَفْسخ به المزارعةُ. قال: لو امتنع ربُّ الأرض والبذرُ من قبله، وقد كَرَبَ المزارعُ الأرضَ: **فلا شيء له** في عمل الكِرَاب، قيل: هذا في الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه **استرضاءُ العامل**؛ لأنه غَرَّه في ذلك. قال: **وإذا مات** أحدُ المتعاقدين: بطلت المزارعة؛ اعتباراً بالإجارة، وقد مرّ الوجه **في الإجارات**، فلو كان دفعها في ثلاث سنين،

الجواب — المزارع — العامل — الأرض مزارعة

لأنه لا يلحقه إلخ: لأنه التزام إقامة العمل، وهو قادر على إقامة العمل كما التزمه بالعقد، وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه، فأما إذا امتنع صاحب البذر من العمل، ففي إلزام موجب العقد إياه ضرر فيما لم يتناوله العقد؛ لأن البذر ليس بمعقود عليه، وفي إلقائه في الأرض إتلافه كذا في "المبسوط".[الكفاية ٨/٣٩٤] **كان عذر إلخ:** كالمرض المانع للعامل عن العمل، والدين الذي لا وفاء به عنده إلا ببيع الأرض.[العناية ٨/٣٩٤] **فلا شيء له إلخ:** لأن عمله إنما يقوم بالعقد، والعقد قُوِّم بالخارج، ولا خارج بعده، فلا يستوجب شيئًا.[البناية ١٠/٥٩٩]

استرضاء العامل: يعني بأن يعطي العامل أجر مثل عمله؛ لأنه إنما استعمل بإقامة العمل ليزرع، فيحصل له نصيبه من الخارج، فإذا أخذ الأرض بعد ما أقام هذه الأعمال من كرب الأرض، وحفر الأنهار كان هو غارًا للعامل ملحقاً للضرر به، والغرور مدفوع، فينبغي أن يطلب رضاه. [الكفاية ٨/٣٩٥]

وإذا مات أحد إلخ: واعلم أنه أراد بقوله: "وإذا مات أحد المتعاقدين" بعد الزرع؛ لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه، ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت، ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان: فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته، ولعله ترك ذلك اعتمادًا على دخوله في إطلاق أول المسألة.[العناية ٨/٣٩٥] **في الإجارات:** وهو قوله: لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة والأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقاً بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز.[الكفاية ٨/٣٩٥]

فلما نبت الزرعُ في السنة الأولى **ولم يستحصد** حتى مات ربُّ الأرض: **ترك الأرض** في يد المزارع حتى يستحصد الزرعَ، ويُقْسم على الشرط، وتَنْتقض المزارعةُ فيما بقي من السنتين؛ لأن في إبقاء العقـــد في السنة الأولى **مراعاةً للحقين**، بخلاف السنة الثانية والثالثة؛ لأنه **ليس فيه ضررٌ** بالعامل، **فيحافظ** فيهما على القياس. ولو مات ربُّ الأرض قبل الزراعة بعد ما كَرَبَ الأرضَ، وحفر الأنهارَ: **انتقضت المزارعة**؛ لأنه ليس فيه إبطالُ مالٍ على المزارع، **ولا شيءَ للعامل** بمقابلة ما عمل **كما نبيّنه** إن شاء الله تعالى. وإذا فُسِخَت المزارعةُ بدَيْن فادحٍ لَحِقَ صاحبَ الأرض، فاحتاج إلى بيعها فباع: جاز، **كما في الإجارة**، وليس للعامل **أن يطالبه** بما كَرَبَ الأرضَ وحفر الأنهارَ بشيء؛ لأن المنافع إنما تتقوّم بالعقد، وهو إنما قُوِّم بالخارج، فإذا انعدم الخـــارجُ لم يجب شيء.

ولم يستحصد: أي لم يجئ أوان الحصاد.(البناية) **ترك الأرض**: أي يبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد، ولا يثبت إجارة مبتدأة، حتى لا يجب الأجر على المزارع.[الكفاية ٣٩٥/٨] **مراعاة للحقين**: أي حق المزارع وحق الورثة.(البناية) **ليس فيه ضرر**: لأنه لم يثبت له شيء بعد شيء.(البناية) **فيحافظ**: أي إذا كان الأمر كذلك فيحافظ في السنة الثانية والثالثة على وجه القياس حيث تبطل المزارعة بموت أحد المتعاقدين.(البناية) **انتقضت المزارعة**: بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يبقى العقد؛ لأن فيه إبطال مال على المزارع، ولو كلف القلع، وفي بعض النسخ: إبطال مال المزارع.[البناية ٦٠١/١٠]

ولا شيء للعامل إلخ: لأن المنافع تتقوم بالخارج، ولا خارج فلا يجب شيء.[البناية ٦٠١/١٠-٦٠٢]

كما نبينه: إشارة إلى قوله: لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد إلى آخره.(الكفاية) **كما في الإجارة**: والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية "الزيادات"؛ فإنه عليها لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا؛ لأنها في معنى الإجارة، وعلى رواية كتاب المزارعة، والإجارات، و"الجامع الصغير" لا يحتاج فيه إلى ذلك.(العناية)

أن يطالبه: سواء كان البذر من العامل أو من رب الأرض.[العناية ٣٩٦/٨]

ولو نبت الزرعُ، ولم يُسْتحصد لم تُبَعِ الأرضُ في الدَّين، حتى يُسْتحصد الزرعُ؛ لأن في البيع إبطالَ حقِّ المزارع، والتأخير أهون من الإبطال، **ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين؛** لأنه لما امتنع بيعُ الأرض (رب الأرض) لم يكن هو ظالماً (بالمماطلة)، والحبسُ جزاء الظلم. قال (القدوري): **وإذا انقضت** مدة المزارعة، والزرعُ لم يُدْرِكْ: كان **على المزارع أجرُ** مثل نصيبه من الأرض إلى أن يُسْتحصد (الزرع)، **والنفقةُ** على الزرع **عليهما** على مقدار حقوقهما، **معناه:** حتى يستحصد؛ لأن في تبقية الزرع بأجر المثل **تعديلَ النظر** من الجانبين، فيُصار إليه، وإنما كان العمل عليهما؛ لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة، **وهذا عملٌ في** المال المشترك (النفقة) (رب الأرض والمزارع)،

ولو نبت الزرع إلخ: ذكره تفريعاً، ولم يذكر في الكتاب إذا زرع العامل ولم يثبت ثم لحق الأرض دين فادح ما حكمه، وفي "الذخيرة": اختلف المشايخ فيه قال أبو بكر العتابي: له ذلك؛ لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم؛ لأن التبذير استهلاك، ولهذا قالوا لصاحب البذر: فسخ المزارعة.[البناية ١٠/٦٠٣]

وإذا انقضت إلخ: وقيد بالانقضاء؛ احترازًا اعن مسألة الموت كما يأتي.[البناية ١٠/٦٠٤]

على المزارع أجر إلخ: [أي يبقى الزرع، وكان على المزارع] وفي بعض نسخ "المختصر": أجر مثل نصيبه من الزرع وذلك أصح، فعلى الثاني يتعلق من نصيبه، وعلى الأول يتعلق بأجر المثل.(البناية)

والنفقة: وهي مؤنة الحفظ والسقي وكرى الأنهار عليهما على مقدار نصيبهما، حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب.[العناية ٨/٣٩٧] **عليهما:** العامل ورب الأرض.[البناية ١٠/٦٠٤]

معناه: أي معنى قوله: والنفقة على الزرع عليهما يريد أن النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع.[الكفاية ٨/٣٩٧] **تعديل النظر إلخ:** [رب الأرض والمزارع] فإنا أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به، وإن أبقيناه بلا أجر تضرر رب الأرض، فأبقيناه بالأجر؛ تعديلاً للنظر من الجانبين.[البناية ١٠/٦٠٤] **وهذا عمل في إلخ:** فيكون العمل عليهما، وهو قبل انتهاء المدة كان على العامل خاصة، فالعمل بعد الانتهاء يكون باعتبار الشركة في الزرع.

وهذا بخلاف ما إذا مات ربُّ الأرض، والزرعُ بقل حيث **يكون العمل** فيه على العامل؛ لأن هناك أبقينا العقد في مدته، والعقد يستدعي العمل على العامل، أما ههنا (في مسألة الموت) العقدُ قد انتهى، فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد، فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه. **فإن أنفق أحدُهما** بغير إذن صاحبه، وأمر القاضي فهو متطوع؛ لأنه **لا ولايةَ له** عليه، **ولو أراد ربُّ** (رب الأرض) الأرض أن يأخذ الزرعَ بقلًا: لم يكن له ذلك؛ لأن فيه إضراراً بالمزارع، ولو أراد المزارعُ أن يأخذه بقلاً، قيل لصاحب الأرض: اقْلَعِ الزرعَ (بعد انقضاء المدة) فيكون بينكما، أو أَعْطِه قيمة نصيبه، أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في (الزرع) حصته؛ لأن المزارعَ لما امتنع من العمل **لا يُجبْر عليه**؛ لأن إبقاءَ العقد بعد وجود المنهيِّ نظرٌ له، وقد ترك النظرَ لنفسه، وربُّ الأرض مخيَّر بين هذه الخيارات؛ لأن (المزارع) (الثلاث) بكل ذلك يُسْتدفع الضررُ، ولو مات المزارعُ بعد نبات الزرع، فقالت ورثته: نحن (رب الأرض) نعمل إلى أن يُستحصد الزرع،

وهذا بخلاف إلخ: فإنه يبقى الزرع بلا أجر، ولا اشتراك في النفقة، ولا اشتراك في العمل.[العناية ٣٩٧/٨]

يكون العمل إلخ: مسألة الموت مخالفة لمسألة انقضاء المدة في الأحكام الثلاث، وهي وجوب أجر الأرض، والاشتراك في النفقة، والاشتراك في العمل، حيث لم يجز أجر مثل نصيبه من الأرض على العامل.(الكفاية) **فإن أنفق أحدهما إلخ:** أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره، وبغير أمر من يلي عليه. [الكفاية ٣٩٧/٨]

لا ولاية له: لأحدهما على الآخر، بخلاف ما إذا أنفق بأمر القاضي حتى يرجع على صاحبه بمقدار حصته؛ لأنه للقاضي ولاية، فصح أمره.(البناية) **ولو أراد ربّ إلخ:** ذكره تفريعًا أيضًا، وهو من مسائل "الأصل".[البناية ٦٠٦/١٠] **لا يجبر عليه:** أي على العمل؛ لانقضاء مدة العقد.[البناية ٦٠٧/١٠]

وأبى ربُّ الأرض: **فلهم ذلك**؛ لأنه لا ضررَ على ربِّ الأرض، **ولا أجر لهم بما** عملوا؛ لأنا أبقينا العقدَ **نظراً لهم**، فإن أرادوا قَلْعَ الزرع لم يُجبروا على العمل؛ **لما بينا**، والمالك **على الخيارات** الثلاثة؛ **لما بيّنا**. قال القدوري: **وكذلك أجرةُ** الحصّاد **والرِّفاع والدِّياس والتَّذْرية** عليهما بالحِصَص، **فإن شَرَطاه** في المزارعة على العامل: فسدت، **وهذا الحكم** ليس بمختص بما ذكر من الصورة،- وهو انقضاء المدة، والزرع لم يُدْرِك، بل هو عام في جميع المزارعات، ووجه ذلك: أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود، فيبقى مالُ مشترك بينهما ولا عقد، فيجب مؤنتُه عليهما،

فلهم ذلك: أي فللورثة أن يعملوا إلى أن يستحصد الزرع.(البناية) **نظراً لهم**: فلا يستحقون الأجر؛ لأن استحقاق الأجر إنما يكون إذا كان الإبقاء نظراً لغيرهم.(البناية) **لما بينا**: وهو قوله: لأن إبقاء العقد بعد وجود النهي نظراً إلخ.(الكفاية) **على الخيارات إلخ**: لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكلها؛ إذ العمل مستحق لبقاء العقد.[الكفاية ٣٩٨/٨] **لما بينا**: أشار به إلى قوله: لأن المزارع لما امتنع عن العمل لا يجبر عليه.(البناية) **وكذلك أجرة إلخ**: أي كما أن النفقة عليهما فيما إذا انقضت مدة المزارعة، والزرع لم يدرك كذلك عليهما أجرة الحصاد.[البناية ٦٠٨/١٠]

والرفاع: بكسر الراء وفتحها، وهو أن يرفع الزرع إلى البيدر، وهو موضع الدياس، وتسمية أهل مصر الجران. [البناية ٦٠٧/١٠،٦٠٨] **والدياس**: هو أن يوطأ الطعام بإطلاق البقر، وتكون عليها، يعني يخرجوا حتى يصير تبناً.(البناية) **والتذريه**: وهو تمييز الحب من التبن بالرياح. [البناية ٦٠٨/١٠]

فإن شرطاه: أي فإن شرط المتعاقدان في العقد أخص الأشياء المذكورة.(البناية) **وهذا الحكم**: أي كون أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما ليس يختص بما ذكرنا من الصورة، وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك. [الكفاية ٣٩٨/٨] لما كان القدوري ذكر هذه المسألة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك، ربما يوهم اختصاصها بذلك، فقال المصنف: وهذا الحكم ليس بمختص.[العناية ٣٩٨/٨]

وإذا شرط في العقد ذلك- ولا يقتضيه- وفيه منفعة لأحدهما **يُفْسِدُ العقدَ كشرط الحَمْل** أوالطَّحن على العامل، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل؛ اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيار **مشايخ بلخ** رحمهم الله، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: هذا **هو الأصح** في ديارنا. فالحاصل: أن ما كان من عملٍ قبلَ الإدراك كالسقي والحفظ، فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما **في ظاهر الرواية**، كالحصاد والدياس وأشباههما على ما **بيّناه**، وما كان بعد القسمة فهو عليهما، والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي **والتلقيح** والحفظ، فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك **كالجِدَاد** والحفظ فهو عليهما، ولو شُرِط الجدادُ على العامل: لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا عُرْف فيه، **وما كان بعد**

يفسد العقد: والأصل: أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسدها؛ لأنه شرط لا يقتضيه، وفيه منفعة لأحدهما، ومثله يفسد الإجارة، فكذا المزارعة؛ لأن فيها معنى الإجارة.[العناية ٣٩٨/٨]

كشرط الحمل: أي حمل الحنطة ونحوها إلى منـــزل رب الأرض.(البناية) **مشايخ بلخ:** كمحمد بن سلمة وأبي بكـــر البلخي وغـــيرهما.(البناية) **هو الأصح إلخ:** ذكره شمس الأئمة في "المـــبسوط".(البناية) **في ظاهر الرواية:** وقيد بقوله: في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: اشتراط هذا على العامل غير مفسد.(البناية) **بيّناه:** إشارة إلى قوله: وجه إلخ.[البناية ٦١٠/١٠] **والتلقيح:** تلقيح النخل إدخال شيء من فحولها في إناثها، كتلقيح الحيوانات. **كالجداد:** بكسر الجيم وبالدال المهملة وهو القطع، والمراد قطع ثمرة النخل، وفي بعض النسخ: كالجذاذ.[البناية ٦١١/١٠]

وما كان بعد إلخ: كالحمل إلى البيت والطحن وأشباهما، وهما ليسا من أعمالهما، فيكون عليهما، لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك، وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة ليتميز ملك كل واحد منها عن ملك الآخر، فكان التدبير في ملكه إليه خاصة.[العناية ٣٩٨/٨]

القسمة فهو عليهما؛ **لأنه مال مشترك** ولا عقد، ولو شرط الحصادُ في الزرع على ربّ الأرض: لا يجوز بالإجماع؛ لعدم العرف فيه، ولو أراد **قَصْل القَصِيل**، أوجذّ التّمر (هذا الشرط) (قطع) بُسْراً، أو التقاط الرُّطب: فذلك عليهما؛ لأنهما أنهيا العقد لما عزما على القصل والجِداد (المتعاقدين) (أتماه) بسراً، **فصار كما بعد** الإدراك، والله أعلم.

لأنه مال مشترك: سماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان، وقيل: باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما، ألا ترى أن نصيب كل واحـــد إذا كان معينًا في قرية، يقال لهم: شركاء في القرية.[العناية ٣٩٨/٨]

قصل القصيل: أي قطع القصيل، والقصل: قطع الشيء ومنه القصيل، وهو الشعير يخبز أخضر لعلف الدواب، والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلًا مجازًا.(البناية) **فصار كما بعد إلخ**: أي صار حكم هذا الحكم، ما بعد إدراك الزرع والثمر حيث يكون العمل فيه عليهما، فكذلك إذا انتهياه قبل الإدراك.[البناية ٦١٢/١٠]

كتاب المُساقاة

قال أبوحنيفة رحمه الله: المساقاة بجزء من الثمر **باطلة**، وقالا: جائزة إذا ذكر مدةً معلومة، وسَمَّى جزءاً من الثمرة مشاعًا، والمساقاة: هي المعاملة في الأشجار، **والكلام فيها** كالكلام في المزارعة، **وقال الشافعي** رحمه الله: المعاملة جائزة، ولا تجوز المزارعة **إلا تبعاً للمعاملة**؛ لأن **الأصل في هذا** المضاربةُ، والمعاملةُ أشبهُ بها؛ لأن فيه (من المزارعة) شركةً في الزيادة دون الأصل، وفي المزارعة لو شُرط الشركةُ في الربح دون البذر، (الشجر) بأن شرطا رفعه من رأس الخارج: تفسد، (البذر)

كتاب المساقاة: ثم معنى المساقاة لغةً وشرعاً ما هو مذكور في "الصحاح" وغيره، أن المساقاة أن تستعمل رجلاً في النخيل أو كروم أو غيرهما؛ ليقوم بإصلاحها أن يكون له سهم معلوم من ثمره.(النهاية) هي مفاعلة من السقي، وهي المعاملة في الأشجار ببعض الخارج.[الكفاية ٣٩٩/٨] **باطلة:** وبه قال زفر، لأنها استئجار ببعض ما يخرج، وذلك مجهول أو معدوم فلا يجوز.[البناية ٦١٣/١٠]

والكلام فيها إلخ: أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت في المزارعة مما يصلح شرطاً للمساقاة، وفي فتاوى قاضي خان: وشرائطها منها: بيان نصيب العامل، فإن بينا نصيب العامل، وسكتا عن نصيب الدافع جاز استحسانًا كما قلنا في المزارعة، ومنها: الشركة في الخارج كما في المزارعة، ومنها: التخلية بين الأشجار والعامل، ومنها: بيان الوقت، فإن سكتا عن الوقت جاز استحساناً، ويقع العقد على أول ثمرة تكون في تلك السنة، فإن لم يخرج في تلك السنة ثمرة تنتقض المعاملة.[الكفاية ٣٩٩/٨]

وقال الشافعي رحمه الله إلخ: إلى قوله: والمنقول في وقف العقار من كلمات الشافعي رحمه الله.(النهاية)

إلا تبعاً للمعاملة: بأن يكون بين النخيل والكرم أرض بيضاء يسقى بماء النخيل، وقد أخذ النخيل مع الأرض معاملة جاز، حتى لو كانت الأرض تسقى بماء على حدة لا يجوز.[البناية ٦١٤/١٠]

الأصل في هذا: أي في جواز المزارعة والمساقاة.

فجعلنا المعاملة أصلاً وجوّزنا المزارعة تبعاً لها **كالشِّرب في بيع** الأرض، **والمنقولِ في وقف** العقار. وشرطُ المدة قياس فيها؛ لأنها إجارة معنىً **كما في المزارعة**، وفي الاستحسان: إذا لم يبيّن المدةَ يجوز، ويقع على أول ثمر يخرج؛ لأن الثَّمر لإدراكها وقت معلوم، وقلّما يتفاوت، ويدخل فيها ما هو المتيقن، **وإدراكُ البذر** في أصول الرطبة في هذا بمنـــزلة إدراك الثمار؛ لأن له نهايةً معلومة، فلا يشترط بيان المدة، **بخلاف الزرع**؛ لأن ابتداءه **يختلف** كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً، والانتهاءُ بناء عليه، فتدخله الجهالة، وبخلاف ما **إذا دفع** إليه غرسًا قـــد عَلِقَ، **ولم يبلغ الثمَر** معاملةً حيث **لا يجوز** إلا **ببيان المدة**؛

كالشرب في بيع إلخ: فإنه يرد عليه العقد تبعًا لبيع الأرض، ويجوز بيعه بإنفراده.[البناية ٦١٦/١٠] **والمنقول في وقف إلخ:** فإنه يصير وقفًا تبعًا للعقار، ولا يجوز وقفه بانفراده.(البناية) **كما في المزارعة:** كما يشترط بيان المدة في المزارعة، حتى إذا لم يبيّنا تفسد.[البناية ٦١٦/١٠] **وإدراك البذر إلخ:** معناه: لو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله من بذر فهو بينهما نصفين جاز إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده؛ لأنه يصير في معنى الثمر للشجر؛ وهذا لأن إدراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين، فكان ذكره بمنـــزلة ذكر وقت معين، والبذر يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحاً، والرطبة لصاحبها.[العناية ٣٩٩/٨-٤٠٠]

بخلاف الزرع: يعني ذاك بخلاف المزارعة؛ فلأنها تجوز بلا بيان المدة قياساً واستحساناً. [البناية ٦١٨/١٠] **يختلف:** فإن من الناس من يزرع في الخريف، ومنهم من يزرع في الربيع، ومنهم من يزرع في الصيف، وإذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتأخر عرفاً كان الانتهاء كذلك، فكانت المدة مجهولة، فلا يجوز.[الكفاية ٤٠١/٨] **إذا دفع إلخ:** أى إذا دفع رجل إلى رجل غرس شجر، أو كرم، أو نخل قد علق على أن يقوم عليه، ويسقيه ويصلحه، فما أخرج الله من ذلك الغرس من الثمن، فهو بينهما نصفان، فهذه معاملة فاسدة.

ولم يبلغ الثمر: أي لم يبلغ الغرس الأثمار.(الكفاية) **لا يجوز:** هذا لأنه لا يدري متى يحمل الشجر، وقد يتفاوت الأشجار في الحمل بحسب قوة الأرض وضعفها، فلابد من بيان المدة. **ببيان المدة:** بأن يذكر سنين معلومة؛ لأنه لا يدري في كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر.[الكفاية ٤٠٠/٨]

لأنه يتفاوت بقـــوة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً، وبخـــلاف مـــا إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن **يقوم عليها**، أو أطلق في الرطبة: تفسد المعاملة؛ لأنه ليس لذلك نهاية معلومة؛ **لأنها تنمو** ما تُرِكَتْ في الأرض، **فجُهلت المدة**، **ويُشْترط** تسميةُ الجزء مشاعاً؛ لما بيّنا **في المزارعة**؛ إذ شرطُ جزءٍ معين يقطع الشركةَ. **وإن سمَّيا** في المعاملة وقتاً يعلم أنه لا يخرج الثمرُ فيها: فسدت المعاملة؛ لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج، ولو سميّا مدة قد يبلغ الثمرُ فيها، وقد يتأخر عنها: جازت؛ لأنَّا لا نتيقن بفوات المقصود، ثم لو خرج في الوقت المسمّى، فهو على الشركة؛ لصحة العقد، وإن تأخر: فللعامل أجر المثل؛ لفساد العقد؛ لأنه تبين الخطأُ في المدة المسمّاة،

يقوم عليها: أي حتى يذهب أصولها وينقطع نباتها، أي: حينئذ لا يجوز، أما إذا دفع النخيل، أو أصول الرطبة على أن يقوم عليه معاملة مطلقاً، فيجوز إذا كان للرطبة جذاذ معلوم، وتقع المعاملة في النخيل على أول ثمرة تخرج، وفي الرطبة على أول جذة تجذ، وأما إذا لم يكن للرطبة جذاذ معلوم فلا يجوز، سواء قيد بذهاب أصولها أو أطلق، أو لم يذكر شيئًا، وهو المراد من قوله: أو أطلق في الرطبة؛ لأن في كل منها جهالة المدة في الرطبة، بخلاف النخيل؛ فإنه لو قيد بقوله: دفعتكها معاملة إلى أن تذهب أصولها فلا يجوز، وإن أطلق عن ذلك فهو جائز، وتقع المعاملة على أول ثمر يخرج في تلك السنة.[الكفاية ٨/٤٠٠-٤٠١]

لأنها تنمو إلخ: دليل الرطبة، ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما، حتى تذهب أصولها؛ لأنه لا نهاية لذلك، فكان غير معلوم.[العناية ٨/٤٠١] **فجهلت المدة**: وهذا، لأن الرطبة مما تزداد طولاً بطول المدة، فمتى لم يكن وقت جذاذ معلوماً كان مدة المعاملة مجهولة، بخلاف الثمر؛ لأن لإدراكه وقتاً معلوماً إذا بلغ ذلك لا يزداد بعد ذلك وإن طال الزمان، أما الرطبة بخلافها.[الكفاية ٨/٤٠١]

ويشترط إلخ: متعلق بقوله: وسمي جزءاً من الثمر مشاعًا.(البناية) **في المزارعة**: أشار به إلى قوله: ولا تصح المزارعة إلى قوله: إلا أن يكون الخارج بينهما مشاعاً؛ تحقيقاً لمعنى الشركة.[البناية ١٠/٦١٩]

وإن سمَّيا إلخ: وهذا من مسائل الأصل ذكره تفريعًا على مسألة "القدوري".[البناية ١٠/٦٢٠]

فصار كما إذا علم ذلك **في الابتداء**، بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً؛ لأن الذهاب بآفة، فلا يتبين فسادُ المدة فبقي العقدُ **صحيحاً**، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه. قال القدوري: وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكَرْم والرِّطاب، وأصول الباذنجان، وقال الشافعي رحمه الله في الجديد قوله الجديد: لا تجوز إلا في الكرم والنخل؛ لأن جوازها المساقاة بالأثر، وقد خصّهما وهو حديث خيبر.* ولنا: أن الجواز للحاجة وقد عمت، وأثرُ العلة والحكم خيبر لا يخصّهما النخل والكرم؛ لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضًا، ولو كان خيبر النخل والكرم **كما زعم**، فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيَّما **على أصله**. وليس **لصاحب الكرم** أن يُخرج العامل من غير عذر؛ لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، قال: وكذا ليس للعامل أن يترك العملَ **بغير عذر**؛

في الابتداء: يعني لو كان ذلك معلوماً عند ابتداء العقد لما كان العقد فاسداً، فكذا إذا تبين في الانتهاء.[البناية ١٠/٦٢٠] **صحيحاً**: وموجبه الشركة في الخارج ولا خارج.(البناية) **كما زعم**: أي ولو كان الأثر يخص النخيل والكرم كما زعم الشافعي رحمه الله.(البناية) **على أصله**: أي خصوصاً على أصل الشافعي رحمه الله، فإن بابه عنده أوسع؛ لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة، ونحن لا نرى التعليل إلا بعلة متعدية، فيكون التعليل على مذهبه أعم عندنا.[البناية ١٠/٦٢٢]

لصاحب الكرم: ذكره تفريعًا على مسألة "القدوري".(البناية) **بغير عذر**: لما ذكرنا إلا أن يكون له عذر بأن عرض مرض يقعده عن العمل، لا يقال: ينبغي أن يأمر بأن يستأجر رجلاً ليقيم على عمله؛ لأن في ذلك ضرراً به لم يلتزمه بالمعاملة.[البناية ١٠/٦٢٣]

*حديث معاملة أهل خيبر تقدم.[نصب الراية ٤/١٨١] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره أن النبي ﷺ عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع.[رقم: ٢٣٢٨، باب المزارعة بالشطر ونحوه]

بخلاف المزارعة بالإضافة إلى **صاحب البذر، على ما قدّمناه**. قال: فإن دفع نخلاً فيه (القدوري) تمر مساقاةً، والتمرُ يزيد بالعمل: جاز، وإن كانت قد انتهت: (التمر) لم يجز، وكذا على هذا إذا دفع الزرعَ وهو بقل: جاز، ولو استحصد وأدرك: (الزرع) لم يجز؛ لأن العامل (مساقاة) إنما يستحق بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك، فلو جوزناه (ههنا) لكان استحقاقاً بغير عمل، **ولم يرد به الشرعُ**، بخلاف ما قبل ذلك؛ لتحقق الحاجة إلى العمل. قال: (القدوري) وإذا فسدت المساقاةُ: (التناهي) فللعامل أجرُ مثله؛ لأنه في معنى الإجارة الفاسدة، وصارت (المعاملة) كالمزارعة إذا فسدت. قال: (القدوري) **وتبطل المساقاة** بالموت؛ لأنها في معنى الإجارة، **وقد بيّناه فيها**، فإن مات ربُّ الأرض والخارجُ بسر: فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يُدْرِكَ الثمرُ، وإن **كره ذلك ورثةُ** ربِّ الأرض **استحساناً**،

صاحب البذر: لأن في إبقاء البذر في الأرض إتلاف ملكه، فله أن لا يرضى به، وهنا لا يحتاج رب الكرم في إبقاء العقد إلى إتلاف شيء من ماله، فيلزم العقد من الجانبين، ولا ينفرد واحد منهما بفسخه إلا بعذر كسائر الإجارات.[الكفاية ٤٠٢/٨] **على ما قدمناه**: إشارة إلى ما ذكره في المزارعة: وإذا عقدت المزارعة، فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه إلخ.[العناية ٤٠١/٨] **ولم يرد به الشرع**: لأنها جوزت بالأثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج.[العناية ٤٠٢/٨]

وتبطل المساقاة إلخ: لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث. **وقد بيناه فيها**: أي في الإجارات من أنه إذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت الإجارة. **كره ذلك ورثة**: أي ليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانًا؛ لأن في منعه إلحاق الضرر، فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه، ولا ضرر على الورثة. **استحسانًا**: وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما، وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرطا أنصافاً؛ لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج، والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين. [العناية ٤٠٢/٨]

فيبقى العقدُ؛ دفعاً للضرر عنه، ولا ضرر فيه **على الآخر**. ولو **التزم العاملُ** (العامل) **الضرر**: يتخيّر ورثةُ الآخر (صاحب الأرض) بين أن يقتسموا البسر **على الشرط**، وبين أن يُعطُوه قيمة نصيبه من البسر، وبين أن ينفقوا على البسر، حتى يبلغ (الثمر) **فيرجعوا** بذلك في حصة العامل من الثمر؛ لأنه ليس له إلحاقُ الضرر بهم، **وقد بيّنا نظيره** في المزارعة. ولو مات العاملُ: فلورثته أن يقوموا عليه وإن كَرِه ربُّ الأرض؛ لأن فيه النظرَ من الجانبين، فإن أرادوا أن يَصْرِمُوه (يقطعوه) بسرًا كان صاحبُ الأرض بين **الخيارات الثلاثة** التي بيّناها. وإن ماتا جميعًا: فالخيار لورثة العامل؛ لقيامهم مقامَه (العامل)، **وهذا خلافه** في حقٍّ مالي،

على الآخر: وهو وارث الميت، وكان حق التركيب أن يقول على الآخرين وهم الورثة.(البناية) **التزم العاملُ الضرر إلخ**: بأن قال: إذا أخذ نصف البسر فله ذلك؛ لأن بقاء العقد لدفع الضرر عنه، فإذا رضي انتقض العقد بموت رب الأرض، إلا أنه لا يملك إلحاق الضرر بالورثة.(البناية) **على الشرط**: الذي كانت بين الميت والعامل.[البناية ١٠/٦٢٥] **فيرجعوا**: قال الإمام الزيلعي في شرح "الكنز": وفي رجوعهم في حصته فقط إشكال، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، وكان العمل كله عليه، ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المساقاة، وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضاً.[نتائج الأفكار ٨/٤٠٢، ٤٠١]

وقد بينا نظيره: أي نظير الحكم في باب المزارعة عند قوله: وإن أراد المزارع أن يأخذه بقلاً قيل لصاحب الأرض: إقلع الزرع إلخ.[البناية ١٠/٦٢٦] **الخيارات الثلاثة**: أي إن شاءوا جذوا البسر، فقسموه على الشرط، وإن شاءوا أعطوه نصف قيمة البسر، وصار البسر كله بينهم، وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ، ويرجعوا بالنفقة في حصة العامل من الثمر كما في المزارعة.[الكفاية٨/٤٠٢]

وهذا خلافه إلخ: هذا جواب سوال مقدر، وهو أن يقال: خيار الشرط لا يورث عندكم؛ لأنه عرض لا يقبل النقل، فكيف يثبت هذا الخيار لهم؟ فقال: هذا ليس من باب توريث الخيار، بل هذا خلافه في حق مالٍ مستحق عليه.[البناية ١٠/٦٢٦]

وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، لا أن يكون وارثُه في الخيار، فإن أبى ورثةُ العامل أن يقوموا عليه: كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على **ما وصفنا**. قال: وإذا انقضت مدةُ المعاملة، والخارجُ بسر أخضرُ، **فهذا والأول سواء**، وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك **لكن بغير أجر**؛ لأن الشجر في خيار العامل **لا يجوز استئجاره**، بخلاف المزارعة **في هذا**؛ لأن الأرض **يجوز استئجارُها، وكذلك العملُ** كلُّه على العامل ههنا، وفي المزارعة **في هذا** عليهما؛ لأنه لما وجب أجرُ مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل، وههنا لا أجرَ، في صورة المعاملة فجاز أن يُسْتحق العمل كما يُسْتحق قبل انتهائها. المدة

ما وصفنا: أي الخيارات الثلاثة التي مرت آنفاً.(البناية) **فهذا والأول**: أي انقضاء المدة وموت العاقدين سواء في الحكم المذكور.[البناية ٦٢٧/١٠] **سواء**: والعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر.[العناية ٤٠٢/٨] **لكن بغير أجر**: أي على العامل في معاملة نصيبه من الثمرة التي بقيت على الشجر بعد انقضاء المدة.(الكفاية) **لا يجوز استئجاره** [على ما مر في الإجارة]: حتى لو اشترى ثماراً على الأشجار، ثم استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك لا يجب عليه أجر.[الكفاية ٤٠٢/٨]

في هذا: أي فيما إذا انقضت المدة والزرع البقل.[البناية ٦٢٧/١٠] **يجوز استئجارها**: فإن من اشترى زرعاً في أرض، ثم استأجر الأرض مدة معلومة جاز، ووجب المسمى، وإن استأجرها إلى وقت إدراك الزرع وجب أجر المثل.(الكفاية) **وكذلك العمل إلخ**: أي فإذا ظهر هذا الفرق يبتني عليه فرق آخر، وهو أن العمل هنا عليهما بحسب ملكها في الزرع؛ لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة، وهنا العمل على العامل في الكل؛ لأنه لا يستوجب رب النخل عليه أجراً بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة، فيكون العمل كله على العامل إلى وقت الإدراك كما قبل انقضاء المدة.[الكفاية ٤٠٣/٨] **في هذا**: أي في انقضاء المدة والزرع بقل على رب الأرض والعامل جميعاً.[البناية ٦٢٧/١٠]

قال: وتُفْسَخ بالأعذار؛ لما **بيّنا في الإجارات**، وقد بيَّنا وجوهَ العذر فيها، ومن جملتها: أن يكون العامل سارقاً يُخاف عليه سرقةُ السَّعفَ والثمر قبل الإدراك؛ لأنه يلزم صاحب الأرض ضرراً لم يلتزمه فتفسخ به، ومنها: مرض العامل إذا كان يُضْعفه عن العمل؛ لأن في إلزامه استئجارَ الأجراء زيادة ضرر عليه، ولم يلتزمه، فيجعل ذلك عذراً، ولو أراد العاملُ ترك ذلك العمل هل يكون عذراً؟ **فيه روايتان**، وتأويل إحداهما أن يَشترط العملَ بيده، **فيكون عذراً** من جهته. **ومن دفع أرضاً** بيضاءَ إلى رجل سنين معلومةً، يَغْرس فيها شجراً على أن تكون الأرضُ والشجرُ بين ربِّ الأرض والغارس نصفين: لم يجز ذلك؛ لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة لا بعمله. وجميعُ الثمر والغرس لربِّ الأرض، وللغارس قيمة غرسه وأجرُ مثله فيما عمل؛ لأنه في معنى قفيز الطحَّان؛ **إذ هو استئجار** ببعض ما يخرج من عمله، وهو نصف البستان فَيفْسُد، وتعذَّر ردُّ الغراس؛

القدوري: المساقاة — الإجارات — الأعذار — الأعذار — المرض — ليس فيها شجر — وهو الأرض — العامل — العامل

بينا في الإجارات: يريد به قوله: ولنا: أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض إلخ.(العناية) **فيه روايتان:** يعني في كون ترك العمل عذراً روايتان: في إحداهما لا يكون عذراً ويجبر على ذلك؛ لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر، وهو ما يلحقه به ضرر، وههنا ليس كذلك، وفي الأخرى عذر، وتأويله: أن يشترط عليه العمل بيده، فإذا ترك ذلك العمل كان عذراً، أما إذا دفع إليه النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وبإجرائه، فعليه أن يستخلف غيره، فلا يكون ترك العمل عذرًا في فسخ المعاملة.[العناية ٤٠٣/٨] **فيكون عذراً إلخ:** لأنه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه.[الكفاية ٤٠٣/٨، ٤٠٤] **ومن دفع أرضاً إلخ:** وهذا من مسائل الأصل، ذكره تفريعاً على مسألة "القدوري".[البناية ٦٢٩/١٠] **إذ هو استئجار إلخ:** لأنه استأجر أجيراً ليجعل أرضه بستاناً بآلات الأجير على أن يكون أجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله.

لاتصالها بالأرض، فيجب قيمتُها وأجرُ مثله؛ لأنه لا يدخل في قيمة الغِراس؛ لتقوُّمها
أجر المثل
بنفسها، وفي تخريجها **طريق آخر** بيّناه في "كفاية المنتهي"، **وهذا أصحها**، والله أعلم.
هذه المسألة أي طريق الشراء

لاتصالها [إنما أنث الضمير الراجع إليه على تأويل الأغراس]: فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمًا للشجر، بل يكون تسليماً لقطعة خشبة ولم يكن مشروطاً، بل المشروط تسليم الشجر.[العناية ٨/٤٠٤]

طريق آخر: وهو أن يكون مشترياً لنصف الغراس منه بنصف الأرض، والغراس مجهولة فلا يجوز.(الكفاية)

وهذا أصحها: يعني المذكور في "الهداية" أصحهما؛ لأنه نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس آلة يجعل الأرض بها بستاناً، كالصبغ للثوب، فإذا فسدت الإجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض، وهي متقومة، فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله.[العناية ٨/٤٠٤]

كتاب الذَّبائح

قال: **الذَّكاة** شرطُ حِلِّ الذبيحة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾، ولأن بها يتميز الدَّمُ النَّجس من اللحم الطاهر، وكما يثبت به الحل، يثبت به الطهارة في المأكول وغيره، فإنها تنبِّئ عنها، **ومنه** قوله عليه السلام: "ذكاةُ الأرض **يُبْسُها**"،* وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللَّحيَيْن، واضطرارية: وهي الجرح في أي موضع كان من البدن، والثاني: كالبدل **عن الأول**؛ لأنه لا يصار إليه، إلا عند العجز عن الأول، **وهذا آية البدلية**؛ وهذا لأن الأول أعمل في إخراج الدم، والثاني أقصرُ فيه،

كتاب الذبائح: قال جمهور الشراح: المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافاً في الحال للانتفاع في المآل، فإن المزارعة إنما تكون بإتلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها، والذبح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك.[نتائج الأفكار ٤٠٥/٨] **الذكاة**: يعني أن الذبح شرط حل أكل ما يؤكل لحمه من الحيوان؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ بعد قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ إلخ، استثنى من الحرمة المذكى، فيكون حلالاً، والمترتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها، لكن لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً.[العناية ٤٠٦/٨]

ومنه: أي ومن كون الذكاة عبارة عن الطهارة.[البناية ٦٣٤/١٠] **يبسها**: أي طهارة الأرض أي إذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب كذا في "الصحاح" و"المغرب".[الكفاية ٤٠٦/٨] **عن الأول**: وإنما قال كالبدل؛ لأن الإبدال تعرف بالنص و لم يرد فيه، وقد وجدت أمارة البدلية، فقال: كالبدل.[العناية ٤٠٦/٨] **وهذا آية البدلية**: أي المصير إلى الثاني عند العجز عن الأول علامة البدلية.[البناية ٦٣٦/١٠]

*غريب. [نصب الراية ٢١١/١] ولكن أخرج ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا المطلب بن زيادة عن محمد بن المهاجر عن أبي جعفر قال: "ذكاة الأرض يبسها".[٥٧/١، باب في الرجل يطأ الموضع القذر يطأ بعده ما هو أنظف]

فاكتفى به عند العجز عن الأول؛ إذ التكليف بحسب الوُسْع، ومن شرطه: أن يكون الذابح صاحبَ مِلّة التوحيد إما اعتقاداً كالمسلم، أو دعوى **كالكتابي**، وأن يكون حلالاً خارجَ الحرم على ما نبيّنه إن شاء الله تعالى. قال: وذبيحة المسلم والكتابيِّ حلالٌ؛ **لما تلونا**، ولقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾، ويَحِلُّ **إذا كان يَعْقِل** التسميةَ والذبيحةَ، **ويضبط** وإن كان صبيّاً أو **مجنوناً** أو امرأة، أما إذا كان لا يضبط، ولا يعقل التسميةَ، فالذبيحة لا تحل؛ لأن التسمية على الذبيحة شرطٌ بالنص، وذلك بالقصد وصحة القصد **بما ذكرنا**، والأقلَفُ والمختون سواء؛ **لما ذكرنا**،

كالكتابي: فإنه يدعي التوحيد، ثم إنما تحل ذبيحة الكتابي فيما إذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير أو اسم المسيح، وأما إذا ذكر ذلك فلا تحل، كما لا تحل ذبيحة المسلم إذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾، فحال الكتابي في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم.[الكفاية ٤٠٦/٨]

لما تلونا: أراد به قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾؛ لأن الخطاب عام.[البناية ٦٣٧/١٠]

وطعام الذين إلخ: قال البخاري رحمه الله في "صحيحه": قال ابن عباس رضي الله عنهما: طعامهم ذبائحهم.[البناية ٦٣٧/١٠]

إذا كان يعقل إلخ: قيل: يعني يعقل لفظ التسمية، وقيل: يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية.(العناية)

ويضبط: يعني يقدر على الذبح، ويضبطه، أي: يعلم شرائط الذبح من فرى الأوداج والحلقوم.(العناية)

مجنوناً: قال في"النهاية": أي معتوهاً؛ لأن المجنون لا قصد له ولابد منه.[العناية ٤٠٧/٨]

بما ذكرنا: يعني قوله: إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه.(العناية) **لما ذكرنا**: قيل: أراد به الآيتين المذكورتين، وفيه نظر؛ لأن عادته في مثله لما تلونا، وقيل: أراد به قوله: لأن حل الذبيحة يعتمد الملة، وهذا ليس بمذكور في الكتاب، والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية، وإلى قوله: ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر، وعادته في مثله ذلك قيل، إنما ذكر الأقلف؛ احترازًا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما: فإنه يقول: شهادة الأقلف وذبيحته لا تجوز.[العناية ٤٠٨/٨]

وإطلاق الكتابي (القدوري) ينتظم الكتابيَّ والذميَّ والحربيَّ والعربي **والتغلبي؛ لأن الشرط** قيام الملة **على ما مر**. قال (القدوري): ولا تؤكل ذبيحةُ المجوسي؛ لقوله عليه السلام: "سنُّوا بهم سُنَّةَ أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم"،* ولأنه (المجوسي) لا يدَّعي التوحيدَ، فانعدمت الملةُ اعتقاداً ودعوى. قال (القدوري): والمرتد؛ لأنه لا ملةَ له، فإنه لا يُقَرُّ على ما انتقل إليه، بخلاف الكتابيِّ إذا تحوَّل **إلى غير دينه**؛ لأنه يقرُّ عليه عندنا، فيعتبر ما هو عليه (ما تحول إليه) **عند الذبح** لا ما قبله. قال (الذبح القدوري): **والوثني**؛ لأنه لا يعتقد الملة. قال (القدوري): والمُحْرِم يعني **من الصيد**، وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحَرَم من الصيد، والإطلاق في المحرم ينتظم الحِلَّ والحرم، والذبحُ في الحرم يستوي فيه الحلالُ والمحرم؛ وهذا لأن الذكاةَ فعل مشروع،

والتغلبي: عطف على العربي، من عطف الخاص على العام؛ لأن تغلب قوم فلاحون يسكنون بعرب الروم.(البناية) بنو تغلب قوم من مشركي العرب، طالبهم عمر رضي الله عنه بالجزية فأبوا، فصولحوا على أن يعطوا الصدقة مضاعفة فرضوا. **لأن الشرط إلخ**: فيه نظر؛ لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط، ويمكن أن يجاب عنه، بأنه شرط في معنى العلة.[العناية ٨/٤٠٨] **على ما مر**: أشار به إلى قوله: ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقاداً كالمسلم، أو دعوى كالكتابي. [البناية ١٠/٦٤١]

إلى غير دينه: يعني النصراني إذا تهود، واليهودي إذا تنصر، فإنما تنصر على ما تنقل إليه، بخلاف ما لو تمجس، فإنه لا تؤكل ذبيحته بلا خلاف.(البناية) **عند الذبح**: حتى لو تمجس يهودي أو نصراني لم يحل صيده ولا ذبيحته، بمنزلة ما لوكان مجوسياً في الأصل، وإن تهود مجوسي، أو تنصر يؤكل صيده وذبيحته، كما لو كان عليه في الأصل.[الكفاية ٨/٤٠٨] **والوثني**: وهو الذي يعبد الوثن، وهوالصنم؛ لأنه ليس له ملة التوحيد.[البناية ١٠/٦٤٣] **من الصيد**: هذا القيد لابد منه؛ لأنه تحل ذبيحته من الأهالي.[البناية ١٠/٦٤٤]

*غريب بهذا اللفظ.[نصب الراية ٤/١٨١] وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن الحسن بن محمد بن علي قال: كتب ﷺ إلى مجوس هجر يدعوهم إلى الإسلام، فمن أسلم قبل منه الحق، ومن أبى كتب عليه الجزية، ولا تؤكل لهم ذبيحة ولا تنكح منهم امرأة.[٦/٧٠، باب أخذ الجزية من المجوس]

وهذا الصنيع مُحَرَّم، فلم تكن ذكاة، بخلاف ما إذا ذبح المحرمُ غيرَ الصيد، أو ذبح في الحرم غيرَ الصيد: صح؛ لأنه فعل مشروع؛ إذ الحرمُ **لا يُؤمِّن الشاةَ**، وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم. قال: القدوري وإن ترك الذابح التسميةَ عمداً: فالذبيحة ميتة لا تؤكل، كالصيد وإن تركها ناسياً: أكل، **وقال الشافعي** رحمه الله: أكل في الوجهين، وقال مالك رحمه الله: لا تؤكل في الوجهين، والمسلمُ والكتابيُ في **ترك التسمية سواء**، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي، **وهذا القول** من الشافعي رحمه الله مخالف للإجماع، فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً، فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يَحْرُم، ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحلّ، بخلاف **متروك التسمية عامداً**، ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله: إن متروك التسمية عامداً لا يَسَع فيه الاجتهـــاد،

وهذا الصنيع محرم: الصيد محرم بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾.[البناية ١٠/٦٤٤]

لا يؤمن الشاة: ونحوها من النعم، والأمن إنما يثبت بالنص للصيد.[البناية ١٠/٦٤٥]

وقال الشافعي إلخ: استدل الشافعي رحمه الله بقوله عليه السلام: "المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمَّى أو لم يسمِّ" سوىّ بين التسمية وعدمها، والشرط لا يكون كذلك، ....والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة النسيان دفعاً للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم.[العناية ٨/٤٠٩]

ترك التسمية سواء: حتى أن الكتابي إذا تركها عامداً لا تؤكل، وإذا تركها ناسياً تؤكل، وقد ذكرناه.(البناية)

وهذا القول إلخ: أي القول بجواز أكل متروك التسمية عامداً مخالف للإجماع؛ لأن الإجماع انعقد على عدم جوازه قبل الشافعي رحمه الله، فالمخالف للإجماع المنعقد قبله خارق للإجماع، فلا تسمع.[البناية ١٠/٦٤٦]

متروك التسمية عامداً: حيث لم يختلف أحد من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم في حرمته.[البناية ١٠/٦٤٧]

ولو قضى القاضي **بجواز بيعه** لا ينفذ؛ لكونه مخالفاً للإجماع. له: قوله عليه السلام: "المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمَّى أو لم يسم"،* ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحِلّ **لما سقطت بعذر** النسيان **كالطهارة** في باب الصلاة، ولو كانت شرطاً فالملّة أقيمت مقامها، **كما في الناسي**. ولنا: الكتاب، **وهو قوله تعالى**: ﴿وَلا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ الآية، نهي وهو للتحريم،

بجواز بيعه: أي بيع متروك التسمية عامداً.(البناية) **لما سقطت بعذر إلخ**: لأنها لو كانت التسمية من شرائط الحل كان مأموراً بها، وفي المأمور لا فرق بين النسيان والعمد في العمل كقطع الحلقوم والأوداج، والتكبير، والقراءة في الصلاة، وإنما يقع الفرق في المزجور كالأكل والشرب في الصوم؛ لأن موجب النهي الانتهاء، والناسي يكون منتهياً اعتقاداً، فأما موجب الأمر الائتمار، والتارك ناسياً أو عامداً لا يكون مؤتمراً.[الكفاية ٨/٤٠٩-٤١٠]

كالطهارة: لأن شرط الشيء ما يتوقف على وجوده، ولا يفترق الحال بين النسيان والعمد كما في الطهارة واستقبال القبلة وستر العورة، فإن من نسي الطهارة لا تجوز صلاته كما لو تركها عمداً، وإنما يفرق بينهما في المجودات كالأكل والشرب في الصوم.[البناية ١٠/٦٤٩]

كما في الناسي: كما أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي، وإليه أشار النبي ﷺ عمن ذبح، فترك التسمية ناسياً، قال: كلوا، فإن تسمية الله تعالى في قلب كل من أرى مسلمًا.[البناية ١٠/٦٤٩]

وهو قوله تعالى إلخ: ووجه الاستدلال: أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير، وصلة "على" تدل على أن المراد به الذكر باللسان، يقال: ذكر عليه إذا ذكر باللسان، وذكره إذا ذكر بالقلب، وقوله: ﴿وَلا تَأْكُلُوا﴾ عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد، وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص، فهو غير محتمل للخصوص، فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسيًا، إلا أن الشرع جعل الناسي ذاكراً؛ لعذر كان من جهته، وهو النسيان.[العناية ٨/٤١٠]

*غريب بهذا اللفظ، وفي معناه أحاديث.[نصب الراية ٤/١٨٢] منها أخرجه الدار قطني في "سننه" عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: "المسلم يكفيه اسمه، فإن نسي أن يسمي حين يذبح، فاليسم وليذكر اسم الله، ثم ليأكل".[٤/١٧٠، كتاب الأشربة وغيرها]

والإجماعُ **وهو ما بيّنا**. والسنة: وهوحديث عـــدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه، فإنه عليه السلام قال في آخـــره: "فإنك إنما سميَّت على كلبك ولم تُسَمِّ على كلب غيرك"* عللَّ الحـــرمةَ بترك التسمية. ومالك رحمه الله **يحتج** بظاهره مـــا ذكرنا؛ إذ لا فصل فيه، ولكنا نقول: في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى؛ لأن الإنسانَ كثيرُ النسيان (النسيان)، **والحرجُ مدفوع، والسمع** غير مُجرىً على ظاهره؛ إذ لو أريد به (الظاهر) لجرت المحاجَّةُ بين السلف وظهر الانقيادُ، وارتفع الخلاف في الصدر الأول (زمن الصحابة)، **والإقامة في حق** الناسي- وهو معذور- لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر، (إقامة الملة)

وهو ما بيّنا: يريد به ما ذكره في التشنيع بقوله: فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً.[العناية ٨/٤١٠] **يحتج إلخ:** وقال في "العناية": استدل مالك بظاهر قوله تعالى: ﴿وَلا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾، فإن فيه النهي بأبلغ وجه، وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية، وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل.[نتائج الأفكار ٨/٤١١]

والحرج مدفوع: بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، فيحمل على حالة العمد؛ دفعاً للتعارض.[البناية ١٠/٦٥٤] **والسمع إلخ:** هذا جواب عن قول مالك رحمه الله حيث يحتج بظاهر قوله: ﴿وَلا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾.[الكفاية ٨/٤١٠]. ليس المراد منه العموم ظاهراً، ولهذا اختلفت الصحابة في متروك التسمية ناسياً، ولم يحتج من قال: بحرمته بالآية.

والإقامة في حق إلخ: جواب عن قول الشافعي رحمه الله: أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي، ينبغي أن يقام أيضًا مقامه في حق العامد.[البناية ١٠/٦٥٤]

* أخرجه الأئمة الستة في كتبهم.[نصب الراية ٤/١٨٤] أخرج البخاري في "صحيحه" عن عدي بن حاتم رضي الله عنه، قال: سألت النبي ﷺ عن صيد المعراض قال: ما أصاب بحده فكله، وما أصاب بعرضه فهو وقيذ، وسألته عن صيد الكلب فقال: "ما أمسك عليك فكل، فإن أخذ الكلب ذكاة، وإن وجدت مع كلبك أو كلابك كلباً غيره، فخشيت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل، فإنما ذكرت اسم الله على كلبك ولم تذكره على غيره".[رقم:٥٤٧٥، باب التسمية على الصيد]

وما رواه محمول على حالة النسيان. ثم التسمية في ذكاة الاختيار **تُشْترط عند الذبح**، وهو على المذبوح، وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي، وهي على الآلة؛ لأن المقدور له في الأول: الذبح، وفي الثاني: الرمي، والإرسال **دون الإصابة**، فتشترط عند فعل يقدر عليه، حتى إذا أضجع شاة وسمَّى، فذبح غيرها بتلك التسمية: **لا يجوز**، ولو رمى إلى صيد وسمَّى وأصاب غيره: **حلَّ**، وكذا في الإرسال، ولو أضجع شاة وسمَّى، ثم رمى بالشَّفرة، **وذبح بالأخرى**: أكل، ولو سمَّى على سهم، ثم رمى بغيره صيداً **لا يؤكل**. **قال**: ويُكْره أن يَذْكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره، وأن يقول عند الذبح: اللهم تقبّل من فلان، وهذه ثلاث مسائل: إحداها: أن يذكر موصولاً لا معطوفاً: **فيكره**، ولا تحرم الذبيحة، وهو المراد بما قال. ونظيره أن يقول: بسم الله **محمد** رسول الله؛ لأن الشركة لم توجد، فلم يكن الذبحُ واقعاً له، إلا أنه يكره؛

وما رواه محمول: أي الشافعي رحمه الله، وهو قوله ﷺ: "المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمَّى أو لم يسم".[الكفاية ٨/٤١١] **تشترط عند الذبح**: أراد أن التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على الذبح، فيشترط عند الذبح، وفي "التحفة": ينبغي أن يريد بالتسمية: التسمية على الذبيحة، أما لو أراد عند افتتاح العمل: لا يحل.(البناية) **دون الإصابة**: يعني الإصابة ليست في قدرته عند الرمي والإرسال.[البناية ١٠/٦٥٥] **لا يجوز**: لفقد التسمية على المذبوح. **حلَّ**: لأن التسمية هنا على الآلة وهي لم تتبدل.[البناية ١٠/٦٥٦] **وذبح بالأخرى**: أي ذبح الشاة التي أضجعها بشفرة أخرى؛ لأن التسمية وقف على الشاة و لم تتبدل، وتذكر الفعل باعتبار الذبيح.(البناية) **لا يؤكل**: لوقوع التسمية على السهم الأول، ولا خلاف فيه للثلاثة.(البناية) **قال**: لم يثبت في النسخة الصحيحة لفظة قال هنا، وصورة المسألة في "الجامع الصغير".[البناية ١٠/٦٥٦] **فيكره**: أي إذا كان كذلك يكره فعله هذا، ولا تحرم الذبيحة؛ لما يقوله الآن.[البناية ١٠/٦٥٦] **محمد**: يرفع الدال في محمد ولو خفضها لا تحل.[البناية ١٠/٦٥٧]

لوجود القِران صورةً، فيتصور بصورة المحرم. والثانية: أن يذكر موصولاً على وجه العطف والشركة، بأن يقول: بسم الله واسمِ فلان، أو يقول: بسم الله وفلان، أو بسم الله ومحمدٍ رسول الله-**بكسر الدال**-: فتحرم الذبيحة؛ **لأنه أهلَّ به** لغير الله. والثالثة: أن يقول مفصولاً عنه صورةً ومعنىً، بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة **أو بعده**، وهذا لا بأس به؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح: "اللهم تقبّل هذه عن أمةِ محمدٍ ممّن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ"،* **والشرط** هو الـــذِّكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه: جرّدوا التسمية،** حتى لو قال عند الذبح: اللهمّ اغفر لي لا يحل؛ لأنه دعاء وسؤال، ولو قال: الحمد لله، أو سبحان الله، يريد التسمية: حل، ولو عطس عند الذبح،

لوجود القران: أي لوجود المتعارضة بين الكلامين بحسب الظاهر، فيكره ذلك.(البناية) **بكسر الدال:** وإن رفعه يحل؛ لأنه كلام مبتدأ، وإن نصبه اختلفوا فيه، وعلى هذا القياس لو سمى آخر مع اسم الله تعالى.[الكفاية ٤١١/٨] **لأنه أهل به:** لأنه سمَّى بغير اسم الله سبحانه وتعالى، فصارت ميتة.(البناية) **أو بعده:** أي أو بعد أن يضجع الشاة، وفي بعض النسخ: وقبل أن يضجع الذبيحة.[البناية ٦٥٨/١٠] **والشرط إلخ:** أي وشرط حل الذكاة هو الذكر الخالص لوجه الله تعالى المجرد عن غيره.[البناية ٦٥٩/١٠]

* أخرجه مسلم في الضّحايا عن يزيد بن قسيط عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أمر بكبش أقرن يطأ في سواد، ويبرك في سواد، وينظر في سواد، فأتي به ليضحى به، فقال لها: يا عائشة هلمي المدية، ثم قال: استحديها بحجر، ففعلت، فأخذها وأخذ الكبش، فأضجعه ثم ذبحه، ثم قال: بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد، ومن أمة محمد ثم ضحى به. [رقم: ١٩٦٧، باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة بلا توكيل، والتسمية والتكبير]

**غريب.[نصب الراية ١٨٤/٤]

فقال: الحمد لله لا يحلّ في أصح الروايتين؛ لأنه يريد به الحمدَ على نعمه **دون التسمية**، وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله: بسم الله والله أكبر، **منقول عن ابن** عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾.* قال: **والذبح** بين الحلق واللَّبَّة، **وفي الجامع الصغير**: لا بأس بالذبح في الحلق كلّه: وسطه وأعلاه وأسفله. **والأصل فيه**

دون التسمية: لأنه قال في الأصل: إذا قال: الحمد لله يريد به التسمية أكل، وإن لم يرد التسمية فلا، والعاطس لم يرد التسمية على الذبح، بل أراد الحمد على نعم الله سبحانه وتعالى.[البناية ١٠/٦٦٠] بخلاف الخطبة حيث يجوز عنها؛ لأن المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقاً؛ لقوله تعالى: ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾، قوله: التسمية أي ذكر الله في افتتاح الفعل. **منقول عن ابن إلخ**: قال البقالي: والمستحب أن يقول: بسم الله الله أكبر بدون الواو، فإن قال مع الواو يكسر: لأنه يقطع فورالتسمية. [الكفاية ٨/٤١٢]

صواف: أي قياماً على ثلث قوائم قد صفت رجليها ويدها اليمنى وأخرى معقولة: فينحرها، وهذا على سبيل الندب، ويجوز نحرها وذبحها مضجعة على جنبها كالبقر. **والذبح**: المراد بذلك: بيان محل الذبح.[البناية ١٠/٦٦١] **وفي الجامع الصغير**: وإنما أعاد لفظ "الجامع الصغير"؛ لأن فيه بيان أن محل الذبح: الحلق، وليس ذلك في قوله: الذبح بين الحلق واللبة، وهو رواية "المبسوط".[الكفاية ٨/٤١٢]

والأصل فيه: بين روايتي "المبسوط" و"الجامع الصغير" اختلاف من حيث الظاهر؛ لأن رواية "المبسوط" تقتضي الحل فيما إذا وقع الذبح فوق العقدة قبل الحلق؛ لأنه وإن كان قبل العقدة، فهو بين اللبة واللحيين، فيحل، ورواية "الجامع الصغير" تقتضي أن لا يحل؛ لأن على روايته محل الذبح الحلق، فلما وقع الذبح قبل العقدة لم يكن الحلق محل الذبح فلا يجوز، فكانت رواية "الجامع الصغير" مقيدة لإطلاق رواية "المبسوط"، فكان المراد من إطلاق رواية "المبسوط"، بأن الذكاة ما بين اللبة واللحيين المقيد، وهو أن تقع الذكاة في الحلق بعد أن تكون ما بين اللبة واللحيين، وقد صرح في ذبائح "الذخيرة" بأن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها؛ لأنه ذبح في غير المذبح؛ لأن المذبح هو الحلقوم.(النهاية)

*رواه الحاكم في "المستدرك" في الذبائح من حديث شعبة عن سليمان عن أبي ظبيان عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾ قال: قياماً على ثلاثة قوائم معقولة يقول: بسم الله والله أكبر اللهم منك وإليك، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.[٤/٢٣٣]

قوله عليه السلام: "الذكاة ما بين اللَّبَّة واللَّحْيَين"،* ولأنه مَجْمَع **المَجْرى** (الحلق) والعروق، فيحصل بالفعل فيه إنْهَارُ الدم على أبلغ الوجوه، فكان **حكمُ الكل** سواء. قال: والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة: الحُلْقُوم، والمَريءُ، والوَدَجَان؛ لقوله عليه السلام: " **أفْرِ** الأوداج بما شئت"،** وهي اسم جمع، وأقلُّه الثلاث، فيتناول المريء والودجين، وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء، إلا أنه (منطوقاً) لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا (بطريق التغليب) بقطع الحلقوم، **فيثبت قطع** الحلقوم باقتضائه، **وبظاهر ما ذكرنا** يحتج مالك رحمه الله، ولا يُجوِّزُ الأكثر منها، بل يَشْتَرِطُ (مالك) قطعَ جميعها، **وعندنا إن قطعها: حلّ الأكل،**

(المريء والودجين) (الأربعة) (الأربع)

المجرى: أي مجرى الطعام والماء.(البناية) **حكم الكل:** أراد به كل الحلق: وسطه وأعلاه وأسفله.[البناية ١٠/٦٦٤]

أفر: الفري: القطع للإصلاح، والإفراء الإفساد، بكسر الهمزة ههنا أليق.[الكفاية ٨/٤١٢]

فيثبت قطع إلخ: واحتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الأوداج، وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح، وهو بقطع الحلقوم والمريء؛ لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما، وهو ضعيف لفظاً ومعنى، أما لفظاً؛ فلأن الأوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمريء أصلاً، وأما معنى؛ فلأن المقصود إسالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجراه.[العناية ٨/٤١٣]

وبظاهر ما ذكرنا: أي بظاهر دلالة اللفظ، وبما يقتضيه، فإن الأوداج جمع وأقله ثلاثة، وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر، فتثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء.[العناية ٨/٤١٣]

*غريب بهذا اللفظ. [نصب الراية ٤/١٨٥] وأخرج الدار قطني في "سننه" عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بديل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورق يصح في فجاج منى: "ألا أن الذكاة في الحلق واللبة، ألا ولا تُعجلوا الأنفس أن تزهق، وأيام منى أيام أكل وشرب وبعال".[٤/١٦١، كتاب الأشربة وغيره] وأخرج البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما تعليقاً على الذكاة في الحلق واللبة، وقال ابن حجر: صحيح الإسناد.[إعلاء السنن ١٧/٧٩]

**غريب.[نصب الراية ٤/١٨٥] وأخرج ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن رافع بن خديج قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الذبيحة بالليط، فقال: "كل ما فرى الأوداج إلا سن أو ظفر".[٤/٣٨٩، باب إذا أفرى الدم فكل ما خلا سناً أوعظماً]

وإن قطع أكثرها: فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لابد من قطع الحلقوم والمريء (الثلاث) وأحد الودجين، قال رضي الله عنه: هكذا ذكر القدوري رحمه الله الاختلاف في مختصره، والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن **هذا قول أبي يوسف** رحمه الله وحده، وقال: في "الجامع الصغير": (محمد) وإن قطع نصفَ الحلقوم ونصف الأوداج: لم يؤكل، وإن قطع الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت: أكل، **ولم يَحْك خلافاً**، فاختلفت الرواية فيه. والحاصل: أن (محمد) (حكم هذه المسألة) عند أبي حنيفة رحمه الله إذا قطع الثلاث أيَّ ثلاثٍ كان يحل، وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله أولاً ثم رجع إلى **ما ذكرنا**. وعن محمد رحمه الله أنه يُعْتبر أكثرُ كلِّ فرد، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن كل فرد منها أصل بنفسه؛ لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر (الأربعة) بِفَرْيِهِ، **فيعتبر أكثرُ** كل فرد منها. ولأبي يوسف رحمه الله: أن المقصودَ من قطع الوَدَجيْن (الأربعة) إنهارُ الدم، فينوب أحدُهما عن الآخر؛ إذ كل واحد منهما مَجرى الدم، أما الحلقوم (إسالة) فيخالف المريَء، فإنه **مجرى العلف والماء**، والمريُء مجرى النفس، فلابد من قطعهما. (الحلقوم والمرئي) ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الأكثرَ يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، وأي ثلاث قطعها، فقد قطع الأكثر منها، وما هو المقصود يحصل بها، وهو إنهار الدم المسفوح، (الثلاث) (الأربعة)

هذا قول أبي يوسف إلخ: أي أن قوله: لابد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين قول أبي يوسف رحمه الله وحده.[البناية ٦٦٧/١٠] **ولم يحك خلافاً**: أي في "الجامع الصغير" لم يحك خلافاً في هذه المسألة.(البناية) **ما ذكرنا**: وهو قوله: لابد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين.(البناية) **فيعتبر أكثر**: أي من الأربعة، وللأكثر حكم الكل.[البناية ٦٦٨/١٠] **مجرى العلف** [هذا ليس بجيد، والحق عكسه] **والماء**: قيل: هذا عكس، بل الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى العلف، وهكذا في "الإيضاح"، وذكر في "المغرب" المريء: مجرى الطعام والشراب.(النهاية)

والتوحية في إخراج الروح؛ لأنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، ويخرج الدمُ بقطع أحد الودجين، فيكتفى به؛ تحرزاً عن زيادة التعذيب، **بخلاف ما إذا قطع** النصفَ؛ لأن الأكثر باقٍ، فكأنه **لم يقطع شيئاً؛ احتياطاً** لجانب الحرمة. قال: ويجوز الذَّبح بالظُّفر والسِّنِّ والقَرْنِ إذا كان منـــزوعاً، حتى لا يكون بأكله بأس، إلا أنه يُكْرَه هذا الذبح، وقال الشافعي رحمه الله: المذبوح ميتة؛ لقوله عليه السلام: "كل ما أنهرَ الدمَ وأفْرَى الأوداج ما خلا الظفرَ **والسنَّ فإنهما مُدى الحبشة**،*

والتوحية: [يقال: موت وحي وذكاة وحية أي سريعة، والقتل بالسيف أوحى أي أسرع، كذا في "المغرب"] أي الإسراع والتعجيل.[البناية ١٠/٦٦٩] **بخلاف ما إذا قطع إلخ**: يريد به لما كان الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الأكثر، ويحتمل أن يريد أن الأكثر من الثلاث القائم مقام الأربع باق، فإنه إذا ترك الاثنين غير مقطوع يكون الباقي أكثر ما شرط قطعه للحل، وهو الثلاث.[الكفاية ٨/٤١٤]

لم يقطع شيئاً إلخ: [دليل لبقاء الأكثر] لأن الاثنين لما كانا باقيين كان أكثر للرخص، وهو الثلاثة باقياً، فلا يحل، وقيل: لما كان جانب الحرمة مرجحاً كان للنصف الباقي حكم الأكثر، فكأنه لم يقطع شيئاً وربما لوح لهذا بقوله: احتياطاً لجانب الحرمة أي لأجل الاحتياط لجانب الحرمة.[البناية ١٠/٦٧٠]

احتياطاً إلخ: هذا جواب عن النقض بمنع وجود العلة تقديرًا، وتقرير النقض: أنه لا يحيي بعد قطع مجرى النفس فقط مثلاً، وقطع أحد الودجين مع أنه لا يحل، وتقرير الجواب: أن العلة لم توجد حكماً احتياطاً لجانب الحرمة مع وجود التعارض ظاهراً بين النصف المقطوع، فرجحنا المحرم احتياطاً. **والسن**: استثناهما بالإطلاق عما يجوز أكله، فيتناول الحرمة بالنـــزوع والقائم.(العناية) **فإنهما مدى الحبشة**: فإنهم لا يقلمون الأظفار، ويحددون الأسنان، ويقاتلون بالخدش والعض.[العناية ٨/٤١٤]

*هو ملفق من حديثين.[نصب الراية ٤/١٨٦] فأخرجه البخاري في "صحيحه" عن عباية بن رفاعة عن جده رافع قال: إنا نرجو- أو نخاف - أن نلقى العدو غداً، وليس معنا مدى، أفنذبح بالقصب؟ فقال: ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل، ليس السن والظفر، وسأحدثكم عن ذلك: أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة، مختصر.[رقم: ٣٠٧٥، باب ما يكره من ذبح الإبل والغنم في المغانم] =

ولأنه فعل غير مشروع، فلا يكون ذكاةً كما إذا ذبح بغير المنـــزوع. **ولنا: قوله** عليه السلام: "أَنْهِرِ الدَّم بما شِئت"* ويروى: "أفر الأوداج بماشئت"، وما رواه محمول على غير المنـــزوع، فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك، **ولأنه آلة** جارحة، فيخص به ما هو المقصود- وهو إخراج الدم- وصار كالحجر والحديد، **بخلاف** غير المنـــزوع؛ **لأنه يقتل** بالثِّقَل، **فيكون** في معنى المنخنقة، وإنما يُكْره؛ لأن فيه استعمال جزء الآدمي، ولأن فيه إعساراً على الحيوان، وقد أُمِرْنا فيه **بالإحسان**. قال: **ويجوز الذبحُ باللِّيطَةِ والمَرْوَة،**

ولأنه فعل إلخ: أي ولأن الذبح بالظفر والسن المنـــزوعين غير مشروع.[البناية ١٠/٦٧١-٦٧٢]

ولنا قوله عليه السلام: وهو بإطلاقه يقتضي الجواز بالمنـــزوع وغيره، وإنما تركنا غير المنـــزوع بما رواه الشافعي رحمه الله، فإن فيه دلالة على ذلك، وهو قوله عليه السلام: "فإنها مدى الحبشة"، وهذا معنى قوله: وما رواه إلخ.[العناية ٨/٤١٤]

ولأنه [أي الظفر والسن والقرن] **آلة:** جواب عن دليله المعقول، وتقريره: أنا لا نسلم أن إنهار الدم بالظفر والسن المنـــزوعين غير مشروع، فإنه أي كل واحد منهما آلة إلخ.[العناية ٨/٤١٥]

بخلاف: أي بخلاف غير المنـــزوع، فإنه يوجب الموت بالثقل مع الحدة، فتصير الذبيحة في معنى المنخنقة.

لأنه يقتل: أي لأنه يوجب الموت بالفراة مع الحدة.[البناية ١٠/٦٧٣] **فيكون:** المذبوح بغير المنـــزوع.

بالإحسان: أي والحال أنا قد أُمرنا في ذبح الحيوان بالإحسان على ما يجيء، وهذا تعليل يشمل الكل.(البناية) **باللليطة:** الليطة وهو قشر القصب.(البناية) **والمروة:** وهو حجر أبيض رقيق يذبح به كالسكين.[البناية ١٠/٦٧٤]

= والثاني: ما أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن رافع بن خديج قال: سألت رسول الله ﷺ عن الذبيحة بالليط، فقال: "كل ما فرى الأوداج إلا سن أو ظفر".[٥/٣٨٩ باب إذا أنهر الدم فكل ما خلا سناً أو عظمًا]

*أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه.[نصب الراية ٤/١٨٧] أخرجه أبو داود في "سننه" عن عدي بن حاتم قال: قلت: يا رسول الله ﷺ أرأيت أن أحدنا أصاب صيداً وليس معه سكين أيذبح بالمروة وشقة العصا، فقال: "أمرر الدم بما شئت، واذكر اسم الله عز وجل".[رقم ٢٨٢٤ باب في الذبيحة بالمروة]

وكلّ شيء أنهر الدم، إلا السنَّ القائم، والظفر القائم، فإن المذبوح بهما ميتة؛ لما بيّنا، ونصّ محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" على أنّها ميتة؛ لأنه وجد فيه نصّاً، وما لم يجد فيه نصًّا يحتاط في ذلك، فيقول في الحلّ: لا بأس به، وفي الحرمة يقول: يُكْره، أو لم يؤكل. قال: ويُسْتحب أن يَحِدَّ الذابح شَفْرَته؛ لقوله عليه السلام: "إن الله كتب الإحسانَ على كل شيء، فإذا قَتَلْتُم فأحسنوا **القِتْلَةَ**، وإذا ذبحتم فأحسنوا **الذِّبْحة**، وليُحِدَّ أحدُكم شفرتَه وليُرِحْ ذبيحتَه".* **ويكره أن يضجعها**، ثم يَحِدَّ الشفرة؛ لما روي عن النبي عليه السلام: أنه رأى رجلاً أضجع شاةً وهو يحدّ شفرته، فقال: "**لقد أردتَّ أن تميتها موتات**،

لما بينا: إشارة إلى قوله: لأنه يقتل بالثقل، فيكون في معنى المنخنفة.[العناية ٨/٤١٥] **القِتْلة:** بكسر القاف وهي: الهيئة والحالة.(البناية) **الذِّبحة:** بكسر الذال، وهي الهيئة والحالة.(البناية) **ويكره أن يضجعها إلخ:** ذكره تفريعاً في مسألة "القدوري".[البناية ١٠/٦٧٥] **لقد أردت** [كأن الشاة تموت إذا رأت تحديد الذابح شفرته مرة، وبالذبح مرة أخرى] **أن إلخ:** قيل: إنما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه، وليس كذلك؛ لأن المذبوح لا عقل له، وهو مع كونه سوء أدب ساقط؛ لأن الوهم في ذلك كافٍ، وهو موجود فيه، والعقل يحتاج إليه لمعرفة الكليات، وما نحن فيه ليس منها.[العناية ٨/٤١٥]

تميتها موتات: ذكر في "المبسوط" في هذه المسألة: أنها تعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر أبهمت البهائم إلا عن أربعة، خالقها ورازقها وحتفها وفسادها، فإذا كانت تعرف ذلك، وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة إيلام غير محتاج إليه.[الكفاية ٨/٤١٥]

* أخرجه الجماعة إلا البخاري. [نصب الراية ٤/١٨٧] أخرجه مسلم عن شداد بن أوس رضي الله عنه قال: ثنتان حفظتهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته فليرح ذبيحته".[رقم: ١٩٥٥، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة]

هلّا حَدَدْتَها قبل أن تُضْجَعَها.* قال: ومن بلغ بالسكين **النُّخَاعَ**، أو قطعَ الرأسَ: كُرِه له ذلك، وتؤكل ذبيحتُه، وفي بعض النسخ: "قطع" مكان "بلغ"، والنخاع: عرق أبيض في عظم الرقبة. أمـــا الكراهة؛ فلمـــا روي عن النبي عليه السلام: أنه نهى أن تُنْخَعَ الشاةُ إذا ذبحت،** وتفسيره **ما ذكرناه**، وقيل: معناه أن يَمُدَّ رأسَه حتى يظهر مَذْبَحُه، وقيل: أن يَكْسِر عنقَه قبل أن يسكن من الاضطراب، **وكل ذلك** مكروه؛ وهذا لأن في جميع ذلك، وفي قطع الرأس زيادةَ تعذيب الحيوان بلا فائدة، **وهو مَنْهِيٌّ عنه**. والحَاصِلُ: أنَّ ما فيه زِيادةُ إيلامٍ لا يُحْتَاجُ إليه في الذكاة مكروهٌ،

النخاع: بالفتح والكسر والضم لغة فيه، فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة، ونسبه صاحب "النهاية" إلى السهو، وقال: هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب، ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق، هي شرأيـــين وأوتار، وما ثمة شيء يسمى بالخيط أصلاً.[العناية ٨/٤١٥-٤١٦]

ما ذكرناه: أراد به قوله: من بلغ بالسكين النخاع.(البناية) **وكل ذلك:** أشار به إلى التفاسير الثلاثة.(البناية)

وهو منهي عنه: أي تعذيب الحيوان بلا فائدة منهي عنه على ما مر في الآثار المذكورة.[البناية ١٠/٦٧٨]

* أخرجه الحاكم في " المستدرك" عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رجلاً أضجع شاة يريد أن يذبحها، وهو يحد شفرته، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "أتريد أن تميتها موتات، هلا حددت شفرتك قبل أن تضجعها"، وقال: حديث صحيح على شرط البخاري، و لم يخرجاه.[كتاب الضحايا، ٤/٢٣١]

** غريب، وبمعناه ما رواه الطبراني في "معجمه" حدثنا أبو خليفة الفضل بن الحباب ثنا أبو الوليد الطيالسي ثنا عبد الحميد بن بهرام عن شهر بن حوشب عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الذبيحة أن تفرس، ورواه ابن عدي في الكامل، وأعلّه بشهر، وقال: إنه ممن لا يحتج بحديثه ولا يتدين به. [نصب الراية ٤/١٨٨-١٨٩] وثقه أحمد وابن معين ويعقوب بن شيبة ويعقوب بن سفيان والعجلي، وروى عنه مسلم، وأصحاب السنن الأربعة. [تهذيب التهذيب ٤ /٣٢٤-٣٢٥]

ويكره أن يجرّ ما يريد ذبحَه برِجله إلى المَذْبَح، وأن تُنْخَع الشاةُ قبل أن تَبْرد- يعني أي يكسر عنقها
تسكن من الاضطراب- وبعده لا ألم، فلا يكره النَّخْعُ والسلخ، **إلا أن الكراهة** السكون
لمعنى زائدٍ، وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده، فلا يوجب التحريم، فلهذا قال: القدوري
تؤكل ذبيحتُه. قال: وإن ذبح الشاةَ من قفاها، فبقيت حيَّةً حتى قطع العروق: القدوري
حلّ؛ لتحقق الموت بما هو ذكاة، **ويكره**؛ لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة، كلها أو أكثرها هذا الذبح
فصار كما إذا جرحها، ثم قطع الأوداج، وإن ماتت قبل قطع العروق: لم تؤكل؛
لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها. قال: وما استأنس من الصيد: فذكاتُه الذبح، القدوري
وما توحش من النَّعَمِ: **فذكاته العَقْر** والجَرْح؛

ويكره أن يجر: لما روى البيهقي عن عبد الرحمن بن حماد حدثنا ابن عون عن ابن سيرين رحمه الله أن رجلاً رآه عمر رضي الله عنه يجر شاةً ليذبحها فضربه بالدرة، وقال: سقها لا أم لك إلى الموت سَوْقاً جميلاً.[البناية ٦٧٩/١٠]

إلا أن الكراهة إلخ: أي كراهة هذا الفعل أي حرمته لمعنى زائد أي عارض، فلا يوجب هذا التحريم تحريم المذبوح، ولو قال: إلا أن النهي لمعنى في غيره لكان أظهر.

ويكره: أي يكره هذا الذبح؛ لأن فيه زيادة الألم، وما في بعض الشروح: ويكره أكلها فخطأ؛ لأنه لا ينطبق عليه الدليل. **فذكاته العقر:** أي وذكاة الوحشي العقر والجرح كيفما اتفق.[البناية ٦٨١/١٠]

*حديث النهي عن تعذيب الحيوان تقدم في النفقات.[نصب الراية ١٨٩/٤] أخرجه أبوداود في "سننه" حدثنا عثمان بن أبي شيبة حدثنا جرير عن الأعمش عن المعرور بن سويد قال: رأيت أبا ذر بالرَّبَذَةِ، وعليه بُرْدٌ غليظٌ وعلى غلامه مثله، قال: فقال القوم: يا أبا ذر لو كنت أخذت الذي على غلامك فجعلته مع هذا، فكانت حلة وكسوت غلامك ثوباً غيره، قال: فقال أبو ذر: إني كنت سابببت رجلاً وكانت أمه أعجمية فعيرته بأمه، فشكاني إلى رسول الله ﷺ، فقال: "يا أبا ذر إنك امرؤٌ فيك جاهلية، قال: إنهم إخوانكم فضلكم الله عليهم، فمن لم يلائمكم فبيعوه، ولا تعذبوا خلق الله".[رقم: ٥١٥٧، باب في حق المملوك]

لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار **على ما مرّ**، والعجز متحققٌ في الوجه الثاني دون الأول. وكذا ما تردَّى من النعم في بئر ووقع (توحش النعم) (إيناس الصيد) (سقط) العجزُ عن ذكاة الاختيار؛ **لما بيّنا**، وقال مالك رحمه الله: لا يحلّ بذكاة الاضطرار **في الوجهين؛ لأن ذلك نادر**، ونحن نقول: المعتبر حقيقةُ العجز، وقد تحقق، فيصار إلى (العجز) (ذكاة الاضطرار) البدل، كيف وأنا لا نسلم الندرةَ **بل هو غالب؟** وفي الكتاب أطلق فيما توحش من (القدوري) (ندرة التوحش والتردي) النعم. وعن محمد رحمه الله: أن الشاة إذا نَدَّتْ في الصحراء فذكاتها العقر، وإن ندَّت في المِصْرِ لا تحلّ بالعقر؛ لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذُها في المِصْرِ، فلا عجز، والمصر وغيره سواء في البقر والبعير؛ **لأنهما يدفعان** عن أنفسهما، فلا يقدر على (أحد) أخذهما، وإن ندّا في المصر فيتحقق العجز، والصِّيَال كالنَّدِّ إذا كان لا يقدر على أخذه، حتى لو قتله المَصُولُ عليه وهو يريد الذكاةَ: حلّ أكلُه. قال: (القدوري) والمستحب (ويسن) في الإبل **النَّحرُ**، فإن ذَبَحَهَا: جاز ويَكره، والمستحب في البقر والغنم: الذبح،

على ما مر: أشار به إلى قوله: "والثاني كالبدل من الأول".(البناية) **لما بينا:** وهو قوله: لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز.[الكفاية ٨/٤١٥] **في الوجهين:** يعني في استئناس الصيد وتوحش النَّعَم، وبقوله قال الليث وربيعة.(البناية) **لأن ذلك نادر:** فلا يتغيّر عن حكمه الأصلي.(البناية) **بل هو غالب:** يدل عليه قوله عليه السلام: إن لها أوابد كأوابد الوحش، يعني أن لها توحش كتوحش الوحش، فقد اعتبر التوحش.[البناية ١٠/٦٨١] **لأنهما يدفعان إلخ:** لأن البقر يدفع بقرنه، والبعير بشفره ونابه، ويخاف القتل منهما، فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما.[البناية ١٠/٦٨٣]

النحر: وهو قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر، والذبح قطع العروق في أعلى العنق تحت اللحيين.[الكفاية ٨/٤١٦-٤١٧]

فإن نحرهما: جاز ويكره، أما الاستحباب؛ **فلموافقة السنَّة** المتوارثة، ولاجتماع العروق فيها في المنحر، وفيهما في المذبح، والكراهة لمخالفة السنَّة، وهي **لمعنى في غيره**، فلا تمنع الجوازَ والحلّ، خلافاً لما يقوله مالك رحمه الله: إنه لا يحلّ. قال: ومن نحر ناقةً، أو ذبح بقرة، فوجد في بطنها جنيناً ميتاً: لم يؤكل **أشْعَرَ أو لم يشعر**، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وهوقول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله. **وقال أبو يوسف** ومحمد رحمهما الله: إذا تمَّ خلقُه أكل، وهو قول الشافعي رحمه الله؛ لقوله عليه السلام: "**ذكاةُ الجنينِ ذكاةُ أمّه**"،*

فلموافقة السنة إلخ: وهي ما رواه البخاري في "صحيحه" بإسناده عن أنس رضي الله عنه قال: نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع بدنات بيده قياماً، وذبح بالمدية كبشين أملحين أقرنين.[البناية ١٠/٦٨٤] **لمعنى في غيره:** أي في غير الذبح والنحر لمخالفته السنة لا لذات ذبح ما ينحر.(البناية) **أو لم يشعر:** لم يشعر الجنين إذا لم ينبت شعره مثلاً أعشب المكان إذا نبت عشبه. [البناية ١٠/٦٨٥]

وقال أبو يوسف إلخ: وفي "المبسوط": إلا أنه روي عن محمد إنما يؤكل الجنين إذا أشعر وتمت خلقته، فأما ما قبل ذلك فهو بمنـــزلة المضغة فلا يؤكل، وبه قال مالك والليث وأبو ثور رضي الله عنهم.[البناية ١٠/٦٨٥]

ذكاة الجنين: أي ذكاة الأم نائبة عن ذكاة الجنين كما يقال: لسان الوزير لسان الأمير، وبيع الوصي بيع اليتيم.[الكفاية ٨/٤١٧] **ذكاة أمه:** والجواب عن هذا الحديث أنه لا للاستدلال؛ لأنه روي ذكاة أمه بالرفع والنصب، فإن كان منصوباً، فلا إشكال أنه تشبيه، وإن كان مرفوعاً فكذلك؛ لأنه أقوى في التشبيه من الأول، عرف ذلك في علم البيان، قيل: ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله: وعيناك عيناها وجيدك جيدها، سوى أن عظم الساق منك دقيق.[العناية ٨/٤١٧]

*روي من حديث أبي سعيد الخدري، ومن حديث جابر، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث ابن عمر، ومن حديث أبي أيوب، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث كعب بن مالك، ومن حديث أبي الدرداء، وأبي أمامة، ومن حديث علي.[نصب الراية ٤/١٨٩] أخرجه الترمذي في "جامعه" عن أبي الوداك عن أبي سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ذكاة الجنين ذكاة أمه"، قال الترمذي: حديث حسن صحيح. [رقم:١٤٧٦، باب ما جاء في ذكاة الجنين]

ولأنه جزءٌ من الأم حقيقة؛ لأنه متصلٌ بها حتى يفصل بالمقراض، ويتغذى بغذائها، ويتنفس بتنفسها، **وكذا حكماً** حتى يدخل في البيع الوارد على الأم، ويعتق بإعتاقها، وإذا كان جزءاً منها، فالجرح في الأم ذكاةٌ له عند العجز عن ذكاته **كما في الصيد**.

وله: أنه أصلٌ في الحياة حتى تُتَصَوَّر حياتُه بعد موتها، وعند ذلك يُفْرَد بالذكاة، ولهذا يفرد **بإيجاب الغُرَّة**، ويعتق بإعتاقٍ مضافٍ إليه، وتصح الوصيةُ له وبه، وهو حيوان دموي، وما هو المقصود من الذكاة وهو الَمَيْزُ بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم؛ إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه، فلا يجعل **تبعاً في حقه، بخلاف الجرح** في الصيد؛ لأنه سببٌ لخروجه ناقصًا، فيقام مقامَ الكامل فيه عند التعذُّر، وإنما يدخل في البيع تحرّياً لجوازه **كيلا يفسد** باستثنائه، **ويعتق بإعتاقها**؛ كيلا ينفصل من الحُرَّة ولدٌ رقيق.

وكذا حكماً: أي وكذا جزء من الأم حكماً من حيث الحكم.(البناية) **كما في الصيد**: إذا لم يوجد القدرة على ذكاة الاختيار اكتفى بذكاة الاضطرار، وهي الجرح في أي موضع كان.(البناية)

بإيجاب الغرة: يعني إذا أتلف الأم ومات الجنين من ذلك يضمن التالف دية الأم وغرة الجنين، ولو كان جزء الأم لكان بمنزلة اليد والرجل، ولا يجب في هذه الأعضاء شيء بعد إيجاب الدية.[البناية ١٠/٦٨٨]

تبعاً في حقه: أي فلا يجعل الجنين تبعاً لأمه في حق خروج الدم.(البناية) **بخلاف الجرح إلخ**: هذا جواب عن قولهما: كما في الصيد، تقريره: أن يقال: إن القياس على الصيد غير صحيح؛ لأن أصل الجرح وجد في الصيد.[البناية ١٠/٦٨٩] **كيلا يفسد**: فإنه لو لم يدخل في بيع الأم كان ذلك بمنزلة استثناء الولد من بيع الأم، وأنه مفسد بيع الأم، فيدخل الولد في بيع الأم؛ تحرياً لجواز بيع الأم.[الكفاية ٨/٤١٧]

ويعتق بإعتاقها: يعني أن عتقه عند إعتاق الأم بطريق السراية عن الأم، والسراية مخصوصاً بالصفات الشرعية، وكونها مذكى من الصفات الحقيقية وقائم مقام ذكاة الاختيار ما هو خلف عنها، وهو ما يفيد مقصودها بوصف المقصود عنها في إفادته، وهو الجرح المدمي، ولهذا لو أصاب السهم الظلف أو القرن، فمات لا يحل؛ لعدم الجرح، وأما قولهم: أنه يتغذى بغذاء الأم، قلنا: لا نسلم، بل يبقيه الله تعالى في بطن الأم عن غير غذاء، أو يوصل الله تعالى الغذاء إليه كيف شاء. [الكفاية ٨/٤١٧]

فصل فيما يحلّ أكلُه وما لا يحل

قال القدوري: ولا يجوز أكلُ **ذي ناب** من السِّباع، ولا **ذي مِخْلَبٍ** من الطيور؛ لأن النبي عليه السلام: "نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور، وكل ذي ناب من السباع"،* وقوله: "من السباع" ذُكرَ عقب النوعين، **فينصرف إليهما**، فيتناول سباعَ الطيور والبهائم لا **كلَّ ماله مِخْلَبٌ**، أو ناب.

فصل إلخ: لما ذكر أحكام الذبائح وما يتعلق بها ذكر في هذا الفصل المأكول منها وغير المأكول؛ إذ المقصود الأصلي من شرعية الذبح هو التوسل إلى الأكل، وقدم الذبائح؛ لأنه ذكر في "المبسوط": أن شرط حل التناول فيما يحل من الحيوانات: الذكاة؛ لقوله تعالى: ﴿إلا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾، فالشرط يقدم على المشروط.(النهاية) **ذي ناب**: الناب من الأسنان مما يلي الرباعيات.[الكفاية ٤١٨/٨]

ذي مخلب: المخلب للطير كالظفر للإنسان.(الكفاية) **فينصرف إليهما**: أي إلى النوعين المذكورين في الحديث، لا إلى أحدهما، وإذا انصرف إليهما صار تقرير الحديث كأنه قال: نهى عن كل ذي مخلب من السباع الطير، ونهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، فيكون المحرم بهذا الحديث كل ذي مخلب من سباع الطير لا كل طير له مخلب، وكل ذي ناب من السباع لا كل حيوان له ناب.

كل ما له مخلب: فالحمامة لها مخلب، والبعير له ناب، والبقر كذلك، وقالوا: المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما، بأن يصيد بهما، فذو الناب من السباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البري والأهلي، وذو المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين، والمؤثر في الحرمة الإيذاء، فهو تارةً يكون بالناب، وتارة يكون بالمخلب، أو الخبث، وهو قد يكون خلقة كما في الحشرات والهوام، وقد يكون بعارض كما في الجلالة.[الكفاية ٤١٨/٨]

*روي من حديث ابن عباس، ومن حديث خالد بن الوليد، ومن حديث علي.[نصب الراية ١٩٢/٤] أخرجه مسلم في "صحيحه" عن ميمون بن مهران عن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السباع، وعن كل ذي مخلب من الطير.[رقم: ١٩٣٤، باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير]

والسَّبُع: كلُّ مُختطفٍ منتهب جارح قاتل عادٍ عادةً، ومعنى التحريم- والله أعلم-: كرامة بني آدم؛ **كيلا يَعْدو شيءٌ** من هذه الأوصاف الذَّميمَة إليهم بالأكل، ويدخل فيه بسبب الأكل السبع **الضَّبعُ والثَّعْلبُ**، فيكون **الحديثُ حُجَّةً** على الشافعي رحمه الله في إباحتهما، والفيل ذو ناب فيكره، واليَرْبُوعُ وابنُ عُرسٍ من السباع **الهوامّ**، وكرهوا **أكل الرَّخَم والبُغَاث**؛ لأنهما يأكلان الجِيَفَ. قال القدوري: ولا بأسَ بغُراب الزرع؛ لأنه يأكل الحَبَّ ولا يأكل الجِيفَ، وليس من سباع الطير. قال القدوري: ولا يؤكل **الأَبْقَعُ** الذي يأكل الجِيفَ، **وكذا الغُدَافُ**،

والسبع كل إلخ: وإنما عد هذه الأوصاف ليبتنى عليها قوله: كيلا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم.(الكفاية) **كل مختطف إلخ:** من عدا عليه عدوانًا، والفرق بين الاختطاف والانتهاب: أن الاختطاف من فعل الطيور، والانتهاب من فعل سباع البهائم في "المبسوط" قال: فالمراد بذي الخطفة: ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب، ومن ذي النهبة: ما ينتهب بنابه من الأرض كالأسد والذئب. [العناية ١٠/٤١٨] **كيلا يعدو شيء:** لما أن للغذاء من الأثر في ذلك، قال عليه السلام: "لا يرضع لكم الحمقاء، فإن اللبن يغذي".(الكفاية) **الضبع والثعلب:** لأن لهما نابًا يقاتلان به، فلا يؤكل لحمهما كالذئب.[الكفاية ٨/٤١٨] **الحديث حجة:** وهو ما روي أنه عليه السلام أباح أكلها محمول على الابتداء. **الهوام:** جمع الهامة، وهي الدَّابة من دواب الأرض.[البناية ١٠/٦٩٩] **أكل الرخم** [تسمى الرخمة آكل العظم] **والبغاث:** الرخم جمع رخمة، وهي طائر أبلق يشبه النسر في الخلقة، يقال له: الأنوق، والبغاث ما يصيد من صغار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها، الواحدة بغاثة، وفي أوله الحركات الثلاث.[الكفاية ٨/٤١٨-٤١٩]

الأبقع: أما الغراب والأسود والأبقع، فهو أنواع ثلاثة: نوع: يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف، وهو الذي سماه المصنف الأبقع وهو الذي يأكل الجيف، وأنه مكروه، ونوع منه يخلط يأكل الحب مرة والجيف أخرى، ولم يذكره في الكتاب، وهو غير مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله مكروه عند أبي يوسف رحمه الله.[العناية ٨/٤١٩] **وكذا الغداف:** هو غراب القيظ، ويكون ضخماً وافي الجناحين، والفاختة تؤكل، وكذلك الدُّبسي بضم الدال، وكذلك الخطاف، وأما الخفاش فقد ذكر في بعض الموضع أنه يؤكل، وقد ذكر في بعضها أنه لا يؤكل؛ لأن له نابان.(النهاية)